



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Inhabilidad Parental por Pobreza y Susceptibilidad para la Adopción. Vulneración del Principio de la Subsidiariedad de la Adopción.

*Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales*

Autor:

Natalia Almog Aviv Notario

Profesora Guía:

Fabiola Lathrop Gómez

Santiago, Chile

2018

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, Rosario, por ser mi soporte y apoyo durante todo el proceso.

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: Sistema Legal de Adopción de Niños, Niñas y Adolescentes en Chile.....	8
1. CONCEPTO DE FILIACIÓN ADOPTIVA.....	8
1.1. La Familia	8
1.2. La Filiación.....	9
1.3. La Filiación Adoptiva.....	10
2. REGULACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE	11
2.1. La Adopción en el Mundo Antiguo	12
2.2. El Código Civil Chileno de 1855.....	12
2.3. La Ley Nº 5.343 de 1934. Establece los Derechos y Obligaciones Referentes a la Adopción	14
2.4. La Ley Nº 7.613 de 1943. Establece Disposiciones sobre la Adopción	16
2.5. La Ley Nº 16.346 de 1965. Establece la Legitimación Adoptiva	16
2.6. La Ley Nº 18.703 de 1988. Dicta Normas sobre Adopción de Menores	17
2.7. La Ley Nº 19.620 de 1999. Dicta Normas sobre Adopción de Menores	18
3. MARCO NORMATIVO DE LA ADOPCIÓN EN CHILE.....	19
3.1. Fuentes Externas.....	19
3.1.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	19
3.1.1.1. Interés Superior del(a) Niño(a)	20
3.1.1.2. Principio de Subsidiariedad de la Adopción y Prioridad de la Familia de Origen	22
3.1.1.3. Principio a la Verdad Biológica e Investigación de la Paternidad	23
3.1.1.4. Derecho del Niño a ser Oído	25
3.1.2. Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional	25
3.1.3. Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores	27
3.2. Fuentes Internas.....	28
3.2.1. Ley Nº 19.620. Sobre Adopción de Menores	28
3.2.1.1. Procedimientos Previos a la Adopción.....	29
3.2.1.2. Procedimiento de Adopción Propiamente tal	34
3.2.1.3. Efectos de la Adopción	37
3.2.1.4. Sanciones	39
3.2.2. Ley Nº 16.618. Ley de Menores.....	39
4. MARCO PROCESAL DE LA ADOPCIÓN EN CHILE.....	40
4.1. Competencia.....	40
4.2. Notificaciones.....	41

4.3.	Recursos.....	42
5.	MARCO INSTITUCIONAL DE LA ADOPCIÓN EN CHILE.....	44
5.1.	Funciones y Orgánica del SENAME	44
5.2.	Organismos Acreditados	46
5.3.	Programas de Adopción	47
CAPÍTULO II: Inhabilidad Parental por Pobreza. ¿Discriminación Arbitraria?		50
1.	INHABILIDAD PARENTAL.....	50
1.1.	Marco Legal	50
1.2.	Construcción del Concepto	58
1.2.1.	Cuidado Personal	59
1.2.2.	Inhabilidad Parental.....	59
1.3.	Forma de Evaluación y Prueba	62
1.4.	Recuperabilidad Parental	64
2.	INHABILIDAD PARENTAL POR POBREZA.....	65
2.1.	Parentalidad y Pobreza	65
2.2.	La Creación de un Nuevo Concepto	67
2.3.	Discriminación Arbitraria.....	69
3.	ANÁLISIS ESTADÍSTICO.....	70
3.1.	Fuentes	70
3.2.	Distribución por Causales de Ingreso, según Causas Invocadas en el Tribunal	72
3.3.	Distribución por Causales de Ingreso, según Calificación del SENAME	73
3.4.	Calificación Socioeconómica de los NNA que Reciben Intervención por Medio de los Programas del SENAME	75
3.5.	Oferta Programática de la Red SENAME	76
4.	ANÁLISIS ECONÓMICO.....	78
4.1.	Formas de Financiamiento del Sistema de Adopción	78
4.2.	Recursos Disponibles	79
4.3.	Falta de Fiscalización por parte del SENAME e Irregularidades Financieras	80
4.4.	Los NNA como Objetos de Mercado.....	81
CAPÍTULO III: Jurisprudencia de una “Inhabilidad Parental por Pobreza”		84
1.	CONSIDERACIONES PREVIAS.....	84
1.1.	Objetivo Específico.....	84
1.2.	Metodología para la Selección de las Causas a Analizar	84
1.3.	Estructura de Análisis	85
2.	CASO I: “LAS HERMANAS OLIVARES”	86
2.1.	Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción	86
2.2.	Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos	86
2.3.	Razonamiento de los Fallos.	89

2.4. Análisis.....	91
3. CASO II: “LAS HERMANAS LIRA”	95
3.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción	95
3.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos	95
3.3. Razonamiento de los Fallos	96
3.4. Análisis.....	99
4. CASO III: “LOS HERMANOS CARRASCO”	101
4.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción	101
4.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos	101
4.3. Razonamiento del Fallo	103
4.4. Análisis.....	103
5. CASO IV: “LA NIÑA CATALINA”	105
5.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción	105
5.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos	105
5.3. Razonamiento de los Fallos	106
5.4. Análisis.....	108
6. CONSIDERACIONES FINALES	109
CONCLUSIÓN	112
BIBLIOGRAFÍA	119

RESUMEN

La presente memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, pretende comprobar y analizar jurídicamente un problema alegado, en el último tiempo, por padres y madres de escasos recursos, a través de los medios de comunicación de nuestro país, en el sentido que en los procedimientos de medidas de protección de derechos y de susceptibilidad de la adopción se ha considerado determinadamente su condición socioeconómica.

Por tanto, el propósito de este trabajo es analizar la forma en que en nuestro país, se les da importancia a los factores socioeconómicos en el procedimiento previo a la adopción de susceptibilidad de la adopción del niño, niña o adolescente y evaluar si aquello se encuentra en concordancia con los principios internacionales consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en particular la subsidiariedad de la adopción. Adelantando como hipótesis que el Estado de Chile, a través de sus tres poderes: legislativo ejecutivo y judicial, sí realiza una diferencia en torno a los recursos económicos, de forma directa e indirecta, en el procedimiento de susceptibilidad de la adopción generándose una vulneración al principio mencionado de la subsidiariedad de la adopción.

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, la opinión pública ha sido testigo de diversas denuncias que, a través de los medios de comunicación¹, han realizado padres y madres quienes señalan que se les separó de sus hijos, decretándose en ellos la susceptibilidad de la adopción, principalmente por carecer recursos económicos. En efecto, su denuncia se basa que dentro del proceso de susceptibilidad de la adopción, que busca declarar si un menor de edad se encuentra en condiciones de ser adoptados por un hecho imputable a la madre, padre o personas que se le haya confiado el cuidado de este niño niña o adolescente vulnerando sus derechos, en especial en la causal número uno de inhabilidad física o moral de los padres, se estiman factores que tienen que ver directa o indirectamente con los recursos que poseen y su condición económica y no con sus competencias parentales.

Nadie puede negar el altruismo que involucra la adopción de un niño o niña, otorgándole los cuidados necesarios para su desarrollo en el seno de una familia, que no poseía. Pero al constatar las irregularidades, que se presentaran a continuación, en el procedimiento previo a la adopción cabe preguntar ¿Cuántos de estos niños sí tenían familia?

El presente trabajo de memoria, que se realiza bajo la modalidad de un ensayo, busca comprobar y analizar jurídicamente esta situación expuesta. En consecuencia, los objetivos generales son: analizar el modo en que en Chile se les da relevancia a los factores socioeconómicos en el procedimiento previo a la adopción de susceptibilidad de la adopción del niño, niña o adolescente y evaluar si aquello se encuentra en concordancia con los principios internacionales consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en particular la subsidiariedad de la adopción.

Generalmente, cuando se revisan los debates públicos que se han sostenido en el Congreso, en torno a la institución de la adopción de niños, niñas o adolescentes (en adelante e indistintamente “NNA”), se piensa en el procedimiento de adopción propiamente tal: ¿quiénes deberían poder adoptar?, ¿cómo se deberían medir sus aptitudes para ser candidatos idóneos?, ¿cuál debería ser el orden de prelación entre las distintas personas que pueden adoptar?, entre otros. Sin embargo, poco se discute del procedimiento previo de la

¹ ARCE, *Ciper Chile* (2013) / Bío Bío Chile (2014) / PEÑA, *Bío Bío Chile* (2017) / ROJAS, *El Dínamo* (2014) / SALINAS, *Revista YA* (2015) / VENEGAS, *Informe Especial* (2014).

adopción, aquel que busca declarar a un niño como apto de ser adoptado, en donde existen problemas estructurales, que a continuación mencionaremos.

El actual sistema de adopciones de nuestro país, se encuentra regulado en la ley sobre adopciones de menores N° 19.620, la cual se inspira en los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño del año 1989, ratificada por Chile en el año 1990. A raíz de ello, nuestra legislación recoge como uno de sus ejes fundamentales el principio de la subsidiariedad de la adopción, que consiste en que la adopción debe considerarse siempre como una medida de *ultima ratio*, es decir, sólo debe ser decretada cuando de ninguna manera los cuidados necesarios para el desarrollo del NNA puedan ser proporcionados por su familia de origen. La ley N° 19.620 permite que un menor de edad pueda ser adoptado cuando: **(i)** el NNA es entregado voluntariamente por sus padres que no son capaces de hacerse cargo de él, **(ii)** es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes o, **(iii)** el NNA es declarado como susceptible de ser adoptado por juez competente. Sin embargo, contrario a lo que uno supondría, según datos proporcionados por el Servicio Nacional de Menores (en adelante e indistintamente “SENAME”)², la gran mayoría de los NNA son declarados susceptibles de ser adoptados, es decir, el caso iii, sin el consentimiento de los padres e incluso con oposición de estos. Más aun, si se analiza las causales por las cuales se solicita la susceptibilidad de la adopción, de oficio por el juez, a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo, y se acoge, por parte de los tribunales de familia, el porcentaje más alto se otorga por un concepto amplio y vago que es el de inhabilidad física y moral de los padres o inhabilidad parental.

Esta situación se hace más grave cuando constatamos que la gran mayoría de estos NNA provienen de los sectores más pobres de nuestro país y que los padres, a través de denuncias periodísticas, como se mencionó anteriormente, han señalado que en el proceso se consideró determinadamente su condición económica para separar a sus hijos de su cuidado y luego declararlos susceptibles de ser adoptados. Esto podría venir incluso de una concepción social de entender la idea de la vulneración como pobreza, siendo que los NNA vulnerables y los NNA pobres son dos subconjuntos que podrían coincidir, pero no necesariamente. La pobreza, en definitiva, se estima como un factor de internación de los NNA en centros residenciales.

² Ver “Análisis Estadístico” en p.69

Se hace relevante preguntarse ¿De quién es la responsabilidad de que esta situación ocurra?, ¿Es sólo de los padres o también es un problema de Estado?, ¿Está haciendo el Estado todo lo posible para mantener a estos niños con su familia de origen? Esto se agrava al constatar que los programas de fortalecimiento familiar del SENAME, que entregan competencias parentales necesarias para ejercer responsablemente el cuidado personal del NNA, son prácticamente inexistentes. Más aún, en casos que sí se han modificado las conductas atentatorias contra los derechos del NNA, no se consideran para dejar sin efecto la resolución que otorga la medida de protección de internación de los NNA en centros residenciales y devolver la custodia del niño a su familia biológica. En efecto, se utiliza la solución de internación del NNA en un centro residencial como solución preeminente, siendo que es una de la más lesiva a su interés superior.

Las causas que provocan esta alegada diferenciación económica en el procedimiento de susceptibilidad de la adopción son múltiples, pero someramente distinguiremos los siguientes grupos de problemas, que se detallaran y analizaran a lo largo del ensayo:

(i) Problemas Legislativos. El concepto de inhabilidad física y moral de los padres o personas al cuidado del NNA y las causales para fundamentar esta inhabilidad³ son conceptos vagos y amplios que dan lugar a discreción por parte del juez y dan posibilidad que se incorpore, en las causales, la condición económica de la familia de forma directa o indirecta. Además, el estándar de medición para probar esta inhabilidad no se encuentra delimitado legalmente lo que puede dar lugar, nuevamente, a arbitrariedades judiciales. Por último, respecto a la cosa juzgada de la sentencia que declara la susceptibilidad de la adopción ésta corresponde a una cosa juzgada material, por lo cual no hay modo de revertir esta declaración en el eventual caso en que los padres mejoren sus competencias parentales de modo suficiente para ejercer responsablemente el cuidado de su hijo o hija, en el caso de que éste aún no haya sido adoptado.

(ii) Problemas de Institucionalidad. Existe una falta de sistematización de las soluciones públicas, existiendo distintos programas de intervención, según la materia, pero no poseyendo una mirada global del NNA. Además, no existen programas tendientes a intentar

³ Art. 42, Ley 16.618

la recuperabilidad parental, esto es, mejorar las falencias descubiertas en las competencias parentales para permitir la revinculación de los NNA con sus familias de origen.

(iii) Problemas Judiciales. Si bien la institución judicial podría significar un medio de control a las irregularidades institucionales, que en ciertos casos sí se advierte, existen irregularidades también en esta sede. Estructuralmente podemos señalar que el sistema se construye en base a un modelo adversarial, del SENAME en contra de la familia de origen del NNA, que falla en materia de protección de derechos de la infancia. Debido a que, se ven a los padres como contrincantes teniendo que acreditar su inhabilidad y no como personas a las que se les debe canalizar todos los esfuerzos tendientes a mejorar sus competencias parentales. Además, podemos encontrar ciertas irregularidades en la prueba, al permitir que las inhabilidades físicas y morales de los padres sean probadas con informes de organismos dependientes del SENAME y por lo tanto partes interesadas en el proceso, no siendo un informe imparcial.

(iv) Problemas Económicos. La forma de financiamiento de las instituciones acreditadas, esto es, personas jurídicas sin fines de lucro fiscalizadas por el SENAME que pueden ejecutar programas de adopción se realiza, en su gran mayoría, a través un subsidio por niño. Por lo que existe un incentivo económico perverso en el sentido de intervenir a la mayor cantidad de NNA, no existiendo incentivo en la revinculación de estos con su familia de origen. Lo que deriva a empezar a tratar a los NNA como mercancía u objeto de mercado y no como sujetos de derechos. De la misma forma, ciertos autores⁴ alegan que existen dificultades presupuestarias que no permite dar una solución de calidad a los NNA, además de quitar tiempo a los directores de residenciales que deben buscar otras formas de financiamiento. También existe, de parte del SENAME, una falta de fiscalización a las distintas instituciones acreditadas, que inciden en el sistema de adopción, en la forma que se invierten los recursos otorgados por el Estado.

Ante tal panorama, se hace necesario realizar un estudio, como el presente, debido a que hay una situación de desprotección en que se encuentra un grupo de personas que podrían ser especialmente vulnerables como lo son los niños, niñas y adolescentes, de escasos recursos, respecto a los cuales el Estado de Chile no ha realizado todas las medidas

⁴ ESTRADA (2015), CALQUIN (2017), UDP (2014), VENEGAS (2014)

posibles para que se puedan desarrollar en su familia de origen que sí se quiere hacer cargo de su cuidado. Es decir, se declaran susceptibles de ser adoptados NNA que no se encuentran en situación de abandono o vulneración de sus derechos de carácter grave y permanente.

En virtud de lo expuesto, la situación actual es insostenible y en el caso de no solucionarse en un futuro esta discriminación sistémica tendría las siguientes consecuencias negativas: **(i)** Lesiones irreparables a los niños, niñas y adolescentes, que sufren la problemática planteada, al no dejarlos desarrollarse con su familia de origen, privándolos, especialmente, de su derecho a la identidad. **(ii)** Daños irremediabiles, asimismo, a sus familias sobre todo a sus padres y madres que pierden el contacto con sus hijos, no pudiendo ejercer el cuidado personal. Incluso pueden llegar a perder la filiación si se decreta la adopción de estos niños. **(iii)** Finalmente, terminando en una relegación social de los NNA y sus familias, de estratos económicos bajos, generando más desigualdades de las que actualmente existen.

¿Qué se ha hecho para solucionar el problema de la diferenciación económica en el procedimiento de susceptibilidad de la adopción? Las soluciones legislativas que se han dado en el último tiempo pasan, en primera instancia, con la constitución en la cámara de diputados de una comisión investigadora especial del funcionamiento del SENAME, que se refirió, entre otros, a los problemas de diferenciación económica que se presentan en el procedimiento de susceptibilidad de la adopción. De igual forma, se han presentado proyectos de leyes para modificar la ley N° 19.620, entre los que destaca el Boletín N° 9959-18 del 31 de marzo del 2015, titulado “Modifica la ley N° 19.620, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en protección de la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella”, que a grandes rasgos, intenta de evitar la desvinculación dl NNA de sus familias por razones de pobreza, elevando el estándar que los jueces deben tener por acreditado al decretar la susceptibilidad de la adopción de un NNA. Además, permite la revinculación a través de procedimientos posteriores de revocación a la declaración de susceptibilidad de adopción, modificando el régimen de cosa juzgada de esta sentencia. Por último, también se ha impulsado en los últimos años una modificación de la institucionalidad en materia de infancia con la creación del Concejo nacional de la Infancia, en marzo de 2014, y la Defensoría de los Derechos de la Niñez, en diciembre del 2017, que tendrá por objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños de acuerdo a la Constitución Política de la República, leyes nacionales y tratados internacionales ratificados por Chile.

El presente trabajo se realiza mediante el análisis normativo de las diversas regulaciones tanto nacionales como extranjeras que estructuran el sistema de adopción de niños en Chile. Complementando a lo anterior, se hace un estudio bibliográfico de diferentes autores que devela los aspectos teóricos que subyacen de las normas. En tercer lugar, el presente ensayo cuenta con un estudio hemerográfico de diferentes reportajes periodísticos que dan cuenta de las realidades prácticas del sistema. En el mismo sentido, se realiza un análisis estadístico con datos oficiales aportado por los diversos organismos involucrados en la materia. Finalmente, también tratando de develar la evidencia práctica de los problemas invocados, se realiza un examen de jurisprudencia en que se haya presentado una inhabilidad parental en razón de pobreza.

De esta manera, la investigación constará de tres capítulos. El primer capítulo, describe el sistema de adopción de niños, niñas y adolescentes que se encuentra estructurado en Chile, proporcionando el marco teórico y conceptual que se utilizará a lo largo del ensayo. El segundo capítulo, se adentra de lleno al concepto de inhabilidad parental, construyendo un nuevo concepto que será el de inhabilidad parental por pobreza; también, se hace un análisis estadístico y un análisis económico, atingente al tema. El tercer capítulo busca comprobar el problema denunciado a través de la revisión de casos jurisprudenciales en donde se haya presentado una inhabilidad parental por pobreza. Finalmente, se termina con la conclusión en donde se presenta las propuestas del autor para superar las críticas que se le hacen al sistema a lo largo del ensayo.

CAPÍTULO I: Sistema Legal de Adopción de Niños, Niñas y Adolescentes en Chile

1. CONCEPTO DE FILIACIÓN ADOPTIVA

1.1. La Familia

“Familia” es un concepto que se ocupa habitualmente en el lenguaje cotidiano como jurídico. La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 1º inc. 2º, señala a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, principio que se ve reiterado en el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil. Lo que lleva consigo la obligación del Estado de procurarle la mayor atención y pretender a la unidad de ésta.

Sin embargo, se tiene poca claridad de su concepto. De hecho, no existe una definición legal de familia en nuestro ordenamiento jurídico. Un primer acercamiento es definirla como aquel grupo de personas relacionados por vínculo de matrimonio y parentesco. El cual incluye a la adopción o no, según sea el concepto que se tenga de ésta en un determinado tiempo y lugar. Este es el acercamiento que tiene el Código Civil chileno, que si bien como dijimos no define el concepto de familia, sí presenta ciertos preceptos acerca de su composición en los siguientes artículos: 42, 815, 988, 989, 990 y 992.

Aquel acercamiento del significado de familia es insuficiente para caracterizar las relaciones familiares, en nuestros tiempos. Llegándose a formar en doctrina⁵ un concepto calificado como el **dinamismo de la familia**, que hace referencia a que la familia de hecho puede tomar múltiples formas y cambiar drásticamente su configuración durante las diferentes épocas. Parece más efectivo definir a la familia desde su finalidad, más que en sus miembros y la relación entre estos. Podemos encontrar, por ejemplo la definición que ha dado la jurisprudencia constitucional colombiana que precisa familia como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”⁶; o la definición de la Comisión Nacional de

⁵ MUÑOZ (2014) p.121; TURNER (2009) p.93; TAPIA (2007) p.2

⁶ Sentencia T-071/16. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Colombia p.16

Familia, que recoge las impresiones que tiene la comunidad respecto a la familia, señalando que: "se percibe la familia principalmente como fuente de 'cariño y afecto', y como motor de la sociedad; la familia agrega "sentido a la vida", en términos de ofrecer la posibilidad de "trabajar por alguien" y "vivir para alguien", más allá de las necesidades materiales y fisiológicas de uno mismo"⁷.

1.2. La Filiación

Un aspecto importante de la familia tiene que ver con la filiación. La filiación se entiende como el vínculo jurídico que une a un ascendiente con su descendiente más próximo. Tiene una enorme importancia debido a que se vincula con el derecho de la identidad y con el derecho al desarrollo personal. Lo anterior, partiendo porque al tener una filiación determinada se adquiere un apellido, insertándose en un contexto familiar.

La filiación permite diversas clasificaciones. El Código Civil chileno primitivo distinguía la filiación entre legítima, natural o simplemente ilegítima. Después de la dictación de la ley N° 19.585 de 1998, se establece el principio de la igualdad entre hijos y, por lo tanto, se derogan tales categorías. Principalmente, porque estas distinciones serían inconstitucionales al establecer una discriminación arbitraria, diferenciando a los hijos por un hecho de sus padres, y porque serían contrarios a los deberes contraídos por Chile en tratados internacionales, en especial la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Las clasificaciones vigentes en la legislación chilena, se podrían agrupar en dos grandes conjuntos: **i)** la diferencia entre filiación matrimonial y no matrimonial, según en qué tiempo fue concebido el hijo, sin embargo, esto importa sólo para efectos de la determinación de la filiación, pero no de los derechos y; **ii)** la diferencia entre filiación natural y filiación adoptiva, que al igual que la primera distinción no hay diferencia en los derechos por el principio de igualdad entre los hijos, sí hay un tratamiento jurídico distinto.

La **filiación natural** se origina por un hecho biológico el cual es la procreación. Mientras que, la **filiación adoptiva**, en un hecho jurídico el cual es una sentencia judicial. Algunos autores⁸ también incluyen un tercer grupo, que sería la **filiación mediante técnicas de**

⁷ CNF (1993) p.14

⁸ LOPEZ (2005) p.475; CORRAL (2002) p.60

reproducción asistida, que es aquella generada por cualquier tipo de técnicas para ayudar a la reproducción, porque por algún motivo no era posible o querida la concepción natural.

1.3. La Filiación Adoptiva

Dentro de la doctrina, se pueden encontrar distintas definiciones del concepto de adopción. La profesora Gómez de la Torre lo define como “una ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente”⁹ Por otro lado, Corral lo define como “el establecimiento legal de un vínculo similar, análogo o sustancialmente idéntico al que existe entre un padre o madre y su hijo biológico”¹⁰. Para Hernán Gómez, “la adopción es, principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”¹¹,

La definición más acertada dependerá del sistema de adopción que se configure en un determinado ordenamiento jurídico y tiempo. Pero podemos estar contestes, en el sistema chileno actual, que la adopción es un hecho jurídico en que participan dos personas, el adoptante y el adoptado, en virtud del cual el segundo pasará a configurarse como hijo del primero, sin serlo biológicamente.

En el mundo y a lo largo de la historia existen dos grandes sistemas: la **adopción simple** y la **adopción plena**. Un sistema de adopción simple se caracteriza porque sólo origina vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado, no extendiéndose a la familia de ni uno u otro. Además, no extingue los vínculos de la familia natural del adoptado, ni confiere estado civil de hijo. Por otro lado, tenemos el sistema de adopción plena, en el cual el adoptado, se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, por lo que se extinguen todos los vínculos con la familia biológica del adoptado, además de conferírsele estado civil de hijo del adoptante.

Ha habido una tendencia¹² en el último tiempo a abandonar la adopción simple, porque se considera lesivo a los derechos del niño, niña o adolescente (NNA) que es adoptado. Esto, principalmente, porque al no conceder estado civil de hijo, el sistema de adopción simple

⁹ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.222

¹⁰ CORRAL (2002) p.59

¹¹ GOMEZ (1992) p.288

¹² CORRAL (2002) p.70

estaría haciendo una discriminación arbitraria entre hijos de filiación adoptiva y filiación natural. Concediendo mayores derechos a los segundos, por un hecho no atribuible a los niños/as.

2. REGULACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE

En este subcapítulo, se estudiarán las distintas regulaciones que ha tenido en Chile el sistema de adopción. Configurando distintos modelos con características, requisitos, efectos y objetivos diferentes, lo que refleja el pensamiento político acerca del tema en la respectiva época.

La tesista Claudia Reyes señala que, en general, se puede observar un “**desplazamiento de su finalidad**”. “En sus comienzos, se la consideró un instituto fundamentalmente dirigido a la conservación y salvaguarda de los intereses, derechos y de la familia y, en especial, para la continuación del culto doméstico del adoptante, cuando éste carecía de descendencia. En la actualidad su finalidad primordial es dar protección al menor carenciado”¹³. En otras palabras, la legislación concerniente a la adopción cambió de foco: pasó desde darle un hijo a los padres que no tienen, a darle una familia a los NNA que carecen de progenitores para hacerse cargo de su cuidado. La preocupación principal en la primera etapa, era la de dejar descendencia para la continuación de la riqueza. De hecho, una de las razones por la que no se regula la adopción en la edad temprana del derecho anglosajón, es que creían que este problema se solucionaba simplemente con la libertad absoluta de testar, sistema que estos países adoptaron desde su inicio. Este cambio de foco, tiene como coyuntura las Guerras Mundiales del siglo XX: “los autores están contestes en que las consecuencias de la Primera y Segunda Guerra Mundial producen un giro en la percepción pública de la función de la adopción. El número de huérfanos de guerra que requieren de una familia para continuar su desarrollo genera una transformación radical del objeto de la institución”¹⁴.

¹³ REYES (1990) p.6

¹⁴ CORRAL (2002) p.18

2.1. La Adopción en el Mundo Antiguo

La adopción como práctica, esto de acoger un extraño para que pase a formar parte de la familia como hijo, es una actividad milenaria. En las civilizaciones del mundo antiguo, como la mesopotámica o la india, eran prácticas habituales, que la podemos evidenciar en los códigos de Hammurabi o el código de Manu, respectivamente. “En el derecho antiguo la adopción tuvo diversos objetivos, entre ellos el religioso, el político y el económico”¹⁵ En Grecia, en Atenas, incluso se llegó a regular dos tipos de adopción: una entre vivos y otra testamentaria, lo que deja evidencia el fin claramente patrimonial de la adopción con fines hereditarios, porque de hecho esta última clase de adopción se terminaba si sobrevenían hijos biológicos al causante.

Pero no es hasta el Derecho Romano que esta práctica pasa a configurarse como institución jurídica. “En el Derecho Romano la adopción nace como una forma de incorporar a un varón púber bajo la patria potestad de un *paterfamilias*”¹⁶, lo que tenía una decisiva importancia en la estructura social romana. En Roma, se podía distinguir la *adrogatio* o adrogación y la *adoptio* o adopción. En la primera, el adoptado era *sui iuris*, es decir, no estaba sujeto a patria potestad y se sometía a varias solemnidades. En cambio, en la segunda, el adoptado era *alieni iuris*, es decir, sometido a la patria potestad de otro *paterfamilias* y se realizaba por una triple emancipación del primer *paterfamilias* al adoptante. Por último, es interesante observar que esta institución en Roma se configuraba como una analogía a la filiación biológica. Así, por ejemplo, no podían adoptar los hombres que por naturaleza no podían concebir o aquellos que estaban obligados al celibato, se exigía que el adoptante fuera al menos dieciocho años mayor que el adoptado, y tanto la adopción como la adrogación, tenían un carácter permanente.

2.2. El Código Civil Chileno de 1855

En Chile, el primer cuerpo normativo que regula las relaciones civiles y de familia es el Código Civil promulgado el año 1855. Sin embargo, el Código Civil de Andrés Bello no entró a

¹⁵ REYES (1990) p.7

¹⁶ VIVALLOS (2002) p.18

regular la adopción, “situación que sorprende, porque la adopción es una institución que arranca del derecho romano”¹⁷.

No se sabe con exactitud la razón que el legislador tuvo para excluir esta materia, al no existir notas sobre esto en los antecedentes preparatorios del Código. Sin embargo, se piensa que, no se regula debido a que “había casi desaparecido en las prácticas del antiguo derecho hispánico y, por lo mismo, era también poco conocida en las prácticas chilenas”¹⁸. Es decir, en unos de los códigos en que el nuestro se inspira ya se había dejado de lado este instituto jurídico. Esto se explica ya que, “en la época moderna, previa a la codificación, la adopción, aparte de considerarse extraña al común de la población, sufre un descrédito importante, al parecer porque fue corrientemente utilizada para fines fraudulentos, tanto en el aspecto familiar como fiscal”¹⁹. A pesar de que, la adopción sí se regula en el código francés de Napoleón, pero de forma muy limitada. Esta es la tesis que adhiere Muriel Sabioncello Soto que señala que “Bello, al analizar la realidad social de la época, observó que la adopción no se practicaba, por lo que estimó innecesario legislar sobre la materia”²⁰.

Otra razón a la que se atribuye esta omisión, es por la particular visión de Andrés de la familia. Como se puede evidenciar en el “*Mensaje del Código Civil chileno*”, Andrés Bello atribuye la calidad de hijo legítimo como “una de las más importantes que el derecho civil ha creado”²¹ y caracteriza de comercio carnal, vago e incierto la concepción de un hijo fuera del matrimonio. Por lo tanto, “se puede concluir que el legislador dentro del sistema que deseaba implantar, no podía consentir e igualar en ningún sentido a un extraño con los verdaderos hijos”²². Además, siendo uno de los fines principales del matrimonio la procreación, como lo establece nuestro artículo 102 del Código Civil, sería muy difícil concebir en esa época una fuente de la filiación distinta a la procreación.

Según el profesor Hernán Troncoso Larronde, “Este vacío legal llevó a quienes deseaban adoptar a medios fraudulentos, como el de reconocer como hijo natural al que se

¹⁷ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.215

¹⁸ REYES (1990) p.13

¹⁹ CORRAL (2002) p.15

²⁰ SABIONCELLO (1993) p.80

²¹ Mensaje del Código Civil chileno (1855) p.12

²² REYES (1990) p.14

deseaba adoptar, o lisa y llanamente a inscribirlo como hijo legítimo”²³. De hecho, en la práctica, la Casa de Expósitos o Casa de Huérfanos funcionaba en Chile desde mediados del siglo XVIII, y tenía como funciones acoger a niños abandonados y buscar reinsertarlos en una familia.²⁴

Entonces, la adopción en el Código Civil original no se recoge, ni se menciona, sólo se limita a establecer escuetamente, en el inciso segundo del artículo 179, “*La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva*”²⁵. Es por esto que, en Chile, el sistema de adopción de menores de edad se ha encontrado regulado históricamente por leyes especiales, que se han derogado sucesivamente.

Desde 1910 a 1930, como lo señala el historiador Jorge Rojas Flores, se empieza a gestar incipientemente la noción de derechos de los niños en Chile, pero “las ideas que circularon en torno a los derechos del niño entre 1910 y 1930 no siguieron una orientación definida, ni llegaron a constituir una doctrina coherente”²⁶. Esto se expresa en que no hubo mayores cambios legislativos en la materia, “no obstante el interés público por el tema del abandono de niños, no hubo mayor preocupación por reconocer legalmente la adopción”²⁷.

2.3. La Ley Nº 5.343 de 1934. Establece los Derechos y Obligaciones Referentes a la Adopción

La primera ley que reguló el sistema de adopción en Chile, fue la ley Nº 5.343 del 6 de enero de 1934, es decir, setenta y nueve años después de la dictación del Código Civil chileno. Es una ley escueta de sólo veinticinco artículos.

El artículo primero, define a la adopción como “*un acto jurídico destinado a crear, entre adoptante y adoptado, los derechos y obligaciones que establece la presente ley. Sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado. La adopción no constituye estado civil*”²⁸. Por lo tanto, se acoge el modelo de adopción denominado como **pacto de familia**. Al ser acto

²³ LARRONDE (2011) p.365

²⁴ CERDA, GARCÍA (2006) p.205

²⁵ Art. 179 Código Civil Chileno

²⁶ ROJAS (2007) p.140

²⁷ Ibíd. p.149

²⁸ Art. 1º, Ley 5.343

jurídico, la adopción se miraba como acto entre privados y no como una institución con algún carácter público.

Estableció un sistema donde la voluntad del adoptado, o de su representante legal, cuando era incapaz, era determinante. La adopción se confería a través de un contrato, que debía ser autorizado por la justicia ordinaria y reducido a una escritura pública, que debía ser inscrita en el Registro Civil y anotada al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado. Era un contrato exclusivo, ya que el beneficio de adopción sólo se podía realizar por una persona a menos que la adopción fuese hecha por cónyuges (Art. 4º). Además, es un contrato puro y simple, ya que no podía estar sujeto a ninguna modalidad y cualquier disposición en este sentido se entendía por no escrita (Art. 7º).

El adoptado no requería ser menor de edad. Pero el adoptante sí tenía límites de edad, debía tener a lo menos cuarenta años de edad y menos de setenta, con una diferencia mínima de quince años entre adoptante y adoptado, además de su libre disposición de los bienes, que no regía para el caso de la mujer casada en sociedad conyugal (Art. 2º). Respecto también del adoptante, podía ser una persona soltera o casada, pero sí era este último caso requiere asimismo el consentimiento de su cónyuge.

En relación a los efectos, la adopción tenía un efecto relativo. Sólo produciría sus efectos entre adoptante y adoptado, pero no con respecto a la familia de uno y otro. Aunque sí, la ley permitía al adoptado y sus descendientes tomar el apellido de su adoptante (Art. 12). También en el ámbito de los alimentos y de la patria potestad, se equiparaba la situación del adoptante y adoptado con respecto al padre o madre y el hijo o hija, respectivamente. Asimismo, gozaba de derechos hereditarios y su porción dependía si existían hijos legítimos o no (Art. 17).

La extinción de la adopción, podía operar de distintas maneras: **(i)** por ministerio de la ley, cuando se probare que existían hijos legítimos al momento de la adopción (Art. 16); **(ii)** por el consentimiento, el cual podía ser unilateral del adoptado, o por mutuo acuerdo de adoptado con adoptante (Art. 21). **(iii)** Por sentencia judicial, que declare la ingratitud del adoptado. La ley no definía el concepto de ingratitud del adoptado (Art. 22). Sin embargo, la jurista María Teresa Larraín, estima que puede aplicarse la noción del artículo 1428 del Código Civil, en relación a la revocación de las donaciones. “Así sería ingratitud en este caso cualquier

hecho ofensivo del adoptado que le hiciera indigno de heredar al adoptante, facultándose al juez para decretar, en este evento la extinción de la adopción”²⁹.

2.4. La Ley Nº 7.613 de 1943. Establece Disposiciones sobre la Adopción

El 21 de octubre de 1943, se publicó la ley Nº 7.613, que derogó la precedente, y que no realiza mayores cambios replicando el mismo modelo de la ley anterior, sólo regula de mejor forma ciertos aspectos.

Los cambios que realizó fueron: **(i)** se instruye que el proceso judicial de aprobación del contrato de adopción se debía realizar previa audiencia de los ascendientes y descendientes legítimos de adoptante y adoptado quienes tenían derecho de oponerse a la adopción (Art. 12); **(ii)** se regula con más detalle el contenido de la inscripción que se debía hacer en el Registro Civil, y; **(iii)** se crea una nueva causal de extinción de la adopción, por impugnación de los ascendientes o descendientes legítimos del adoptante o adoptado. En consideración a todos los demás aspectos, se identifica con la ley anterior Nº 5.343.

2.5. La Ley Nº 16.346 de 1965. Establece la Legitimación Adoptiva

Posteriormente, se publica la ley Nº 16.346, el 12 de febrero de 1969, que mantiene vigente la ley anterior e introduce el modelo de la **legitimación adoptiva**: “*La legitimación adoptiva tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley*”³⁰.

Esta ley “responde al deseo de los adoptantes de acoger en su familia a un hijo, unido a la necesidad de que dicha relación fuera realmente de padres e hijos legítimos, tanto en el ámbito psicológico como jurídico”³¹. Por lo cual, se sigue manteniendo el mismo sistema de adopción por contrato solemne, pero se agrega este beneficio adicional, el cual, si se cumplía ciertos requisitos, se equiparaba al adoptado con los hijos legítimos.

Estos requisitos son: en cuanto al adoptante, debían ser cónyuges con cinco o más años de matrimonio, mayores de treinta años y menores de sesenta y cinco años de edad, con veinte años de diferencia con el NNA y que hubieren tenido a éste bajo su tuición o cuidado

²⁹ LARRAÍN (1991) p.72

³⁰ Art. 1º, Ley 16.346

³¹ OETTINGER (2004) p.9

personal por un tiempo determinado (Art. 2º). En cuanto al adoptado, debía ser menor de 18 años, que estuvieren abandonados: los huérfanos de padre y madre, los que fueren hijos de padres desconocidos, los hijos de cualquiera de los cónyuges o los internados en instituciones públicas o privadas de protección de menores cuyos padres no hayan demostrado verdadero interés por ellos. (Art. 3º).

El procedimiento judicial de la legitimación adoptiva, así como su sentencia. eran secretas y al conceder la sentencia, se inscribía en Registro Civil e Identificación, ordenándose la destrucción de todos los antecedentes anteriores del niño o niña que permitieran su identificación. Cuestión que, si lo miramos en la óptica actual de los derechos del niño, sería una vulneración completa al derecho de la identidad del niño.

2.6. La Ley Nº 18.703 de 1988. Dicta Normas sobre Adopción de Menores

Luego, se publicó la ley Nº 18.703, del 10 de mayo 1988, que deroga la anterior, pero mantiene vigente la ley Nº 7.613. Instaura dos tipos de adopción, la adopción plena y la adopción simple.

A pesar de derogar la ley Nº 16.346, la adopción plena, en términos prácticos, es una nueva denominación para la legitimación adoptiva. Ya que, replica toda la regulación de la legislación anterior, con unas pequeñas modificaciones como: el máximo de edad de los adoptantes, los años de matrimonio de las parejas adoptantes, se relaja el secreto del proceso de adopción, entre otros.

La adopción simple, en cambio, no constituye estado civil; el adoptado sigue formando parte de su familia de origen, sólo que la familia vive en el hogar de la familia adoptiva que se debe hacer cargo de su alimentación, crianza y educación; y es temporal, se extingue cuando el adoptado cumple la mayoría de edad. “La adopción simple se establece como una forma de dar cauce jurídico y cierta formalización a la custodia que parientes o terceros suelen hacer por propia iniciativa de un menor en situación irregular”³².

“Es la primera ley en Chile que legisla sobre la salida de menores para su adopción en el extranjero”³³. Sin embargo, esta ley solo les permitía a parejas con residencia permanente en el extranjero obtener el cuidado personal de niños o niñas chilenos/as en Chile, para luego

³² CORRAL (2002) p.42

³³ OETTINGER (2004) p.10

obtener la adopción conforme a la norma de su país de origen. La primera ley en Chile que regula la adopción internacional propiamente tal es la ley N° 19.620, que rige actualmente.

2.7. La Ley N° 19.620 de 1999. Dicta Normas sobre Adopción de Menores

Finalmente, el 5 de agosto de 1999 se dicta la ley N° 19.620, la cual deroga todas las leyes de adopción que se mantenían vigentes. Esta ley es la que rige el sistema de adopción en la actualidad. De acuerdo a la historia de la ley, los fundamentos principales para su dictación fueron adecuar esta institución a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y evitar las preocupantes salidas de niños al extranjero. Sus disposiciones normativas se estudiarán en detalle más adelante.

El sistema de adopción construido en esta ley y que impera en la actualidad en Chile, presenta las siguientes características: **(i)** establece un **sistema único** de filiación adoptiva el cual es un sistema de **adopción plena** por lo que es **irrevocable** y constituye **estado civil**, **(ii)** es una institución de **orden público** y no un acto de privados, al haber intereses jurídicos de importancia pública comprometidos, **(iii)** la calidad de adoptado se otorga por **sentencia judicial**, **(iv)** solo permite la adopción de **menores de edad**, **(v)** es una institución **gratuita**, de hecho, existen sanciones para aquellos que lucren con ella, **(vi)** es de carácter **reservado**, (Art. 28) y **(vii)** es una institución que siempre será en **beneficio del adoptado**, “la adopción es una institución configurada con el objetivo esencial de resguardar el interés del niño que carece de una familia que le provea los medios para su adecuado desarrollo”³⁴.

Los principios en los que se inspira esta legislación son los siguientes: **(i) Principio del interés superior del niño; (ii) Principio de subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica; (iii) Principio de la verdad biológica o derecho a la identidad; (iv) Derecho al niño a ser oído; (v) Principio de la preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional, y (vi) Principio de la inseparabilidad de los hermanos.** Los primeros cinco se analizarán más adelante a propósito de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el orden de prelación de los adoptantes. Respecto del último principio mencionado, la inseparabilidad de los hermanos, se encuentra manifestado en el artículo 23 n° 3 inc. 2°, de la ley N° 19.620, indicando “*en caso de que dos o más menores que se*

³⁴ MUÑOZ (2016) p.16

*encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes*³⁵. La justificación es que “la adopción no cause un nuevo daño al niño en desamparo, separándolo de sus hermanos biológicos”³⁶. Pero, como se puede observar, no está redactado en términos imperativos para el juez.

Esta ley ha sido modificada en cuatro ocasiones. La primera modificación, fue hecha por la Ley N° 19.910 del año 2003, con el objetivo de agilizar el procedimiento de susceptibilidad de la adopción, acortando ciertos plazos, estableciendo un sistema de notificaciones más expedito, entre otros; además de establecer determinadas condiciones para que durante este procedimiento se le pueda otorgar el cuidado personal del niño a adoptantes que hayan manifestado su consentimiento en adoptarlo. No mucho tiempo después fue modificada por la Ley N° 19.947 del año 2004, la cual establece el nuevo régimen de matrimonio civil y respecto de la ley de adopción regula lo que sucede en esa temática con la separación judicial y el divorcio. Ese mismo año, además, se dictó la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia y que modifica ciertas cuestiones procesales para que los dos procedimientos que regula la ley de adopción se adecuen al nuevo proceso de familia. Por último, el año 2007 se publica la Ley N° 20.203 que modifica normas relativas al subsidio familiar y la adopción, haciendo una única modificación de acortar el plazo que la falta de atención personal o económica se configura como causal de susceptibilidad de adopción, desde cuatro meses a dos meses para niños mayores de un año.

3. MARCO NORMATIVO DE LA ADOPCIÓN EN CHILE

3.1. Fuentes Externas

Este apartado hace referencia a las normas y principios, que son aplicables en el Estado de Chile con respecto al sistema de adopción de menores, por obligaciones de éste con la comunidad internacional.

3.1.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La promulgación de esta Convención, no es ni remotamente el inicio de la doctrina de los derechos del niño. Desde el siglo XIX, múltiples declaraciones o enumeraciones se han hecho sobre los derechos que cada niño o niña debe gozar, en el contexto público y privado, nacional e internacional, con un carácter variado. Como bien lo señala el profesor Miguel

³⁵ Art. 23 n°3 inc.2, Ley 19.620

³⁶ CORRAL (2002) p.68

Cillero “La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante e indistintamente “CIDN”) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX”³⁷.

Actualmente la CIDN, es el tratado internacional más importante respecto a los derechos de la infancia y además es el tratado internacional con mayores países integrantes en la historia. En Chile, fue suscrita con fecha 26 de enero de 1990, depositando el Instrumento de Ratificación ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de agosto de 1990 (Decreto N° 830).

Esta convención más que normas ejecutables, como es de esperarse de un tratado de Derechos Humanos, contiene principios y directrices con los que se deben abordar el tema del derecho de la infancia. Directrices que van desde luego dirigida a los Estados, pero que también están expresamente dirigidos a privados que traten con temas de derecho a la infancia. “La Convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado”³⁸.

A continuación, revisaremos cuatro principios que inspiran la normativa y jurisprudencia en materia de adopción, los cuales son: el interés superior del niño, el principio de la subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica, el principio de la verdad biológica y la investigación de la paternidad, y el derecho del niño a ser oído.

3.1.1.1. Interés Superior del(a) Niño(a)

Uno de los principios con mayor aplicación que se instaura en esta Convención, es el llamado **interés superior del niño**. Término utilizado intensamente en variadas legislaciones, directrices administrativas, jurisprudencia y ampliamente en las decisiones que afecten a niños, niñas o adolescentes, internacionalmente como dentro de Chile.

³⁷ CILLERO (1999) p.1

³⁸ BELOFF (1999) p.9

Este principio se establece de manera general en el artículo 3.1. “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”³⁹. Y también se establece de manera específica para el sistema de adopción en el artículo 21 letra a), que indica “*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*”⁴⁰. De hecho, nuestra ley sobre adopción señala en su primer artículo como objeto de la adopción velar por el interés superior del niño. Esto significa que el principio rector desde el principio al fin del procedimiento de adopción es el interés superior del niño, en otras palabras, desde la separación del niño de su familia de origen a la inserción de éste a una familia adoptiva, se deben considerar fundamentalmente los derechos del NNA.

Sin embargo, como se puede advertir, la Convención sólo establece un mandato a considerar primordialmente el interés superior del niño, pero nada dice acerca de su significado o contenido. Es por eso que la doctrina ha tenido un valor fundamental al interpretar el contenido de este principio tan fundamental. “Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”⁴¹. Sin embargo, Cillero cree que se le debe dotar de contenido que sea congruente con la visión garantista de la CIDN y señala que “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican”⁴². Por otro lado, tenemos a Francisco Rivero que, explicado por Paola Truffelo, propone al interés superior del niño “un concepto de valor que no permite mayor especificidad pero que trasladados a situaciones específicas a supuestos determinados su aplicación conduce a una solución y no otras”⁴³. Es decir, este autor cree efectivamente que es una directriz vaga en lo abstracto pero que en situaciones concretas se dota de un solo contenido.

³⁹ Art. 3.1, CIDN

⁴⁰ Art. 21 a), CIDN

⁴¹ CILLERO (1999) p.2

⁴² *Ibíd.* p.8

⁴³ TRUFFELO (2013) p.134

La Agencia para Refugiados de las Naciones Unidas (UNHCR), publicó unas directrices para la aplicación del interés superior del niño que ha servido de guía, a los diferentes Estados y organismos, para hacer operativo este principio. En esta guía se señala “el concepto “interés superior” describe en general el bienestar del niño(a). Ese bienestar se encuentra determinado por una variedad de circunstancias individuales como la edad, el grado de madurez, la presencia o ausencia de padres, su entorno y sus propias experiencias”⁴⁴. En suma, toma elementos de ambos autores mencionados en el párrafo anterior. Debido a que señala que el interés superior describe el bienestar del niño, recogiendo la teoría de Cillero, pero por otro lado señala que se deben considerar las circunstancias particulares de cada niño/a para determinar que significa bienestar para él o ella, recogiendo parte de la teoría de Rivero.

3.1.1.2. Principio de Subsidiariedad de la Adopción y Prioridad de la Familia de Origen

Hace referencia a que la filiación adoptiva es subsidiaria a la filiación natural, por ser esta última la que lógicamente provee el cuidado del NNA. En otras palabras, que la adopción es una medida de última ratio, “por tanto, los tribunales de justicia deben agotar las instancias que permitan mantener a un niño junto a su familia biológica”⁴⁵.

Este principio es la consecuencia de tres circunstancias: **(i)** la prevalencia de la familia biológica, pues se asume que la permanencia del niño en ésta redunde en su interés superior salvo casos especiales; **(ii)** los efectos absolutos de la adopción plena, pues confiere el estado civil de hijo y **(iii)** el carácter irrevocable de la adopción.⁴⁶

Se encuentra establecido en el artículo noveno de la Convención: “*Artículo 9.1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en **casos particulares** (...)*”⁴⁷. Además, en los párrafos posteriores se insta que en esta revisión judicial se le debe dar oportunidad de participar a todas las partes interesadas. Existiendo una relación personal y directa de la familia de origen en este tiempo de separación, a menos que sea en contra del

⁴⁴ UNCHR (2008) p.14

⁴⁵ TRUFFELO (2013) p.135

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Art. 9.1, CIDN

interés superior del niño. Más adelante, veremos que en Chile esto no se cumple en su totalidad, enviando a los hijos a centros residenciales de otra ciudad, con horarios de visitas restringidos y sin contacto directo.

Este principio, además, se contiene en otros tratados de derechos humanos como el Pacto San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores privados en libertad “Estas normas reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que la familia cumpla la función de cuidado del NNA y que, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en este cometido; y establecen, por último, que la separación del NNA de su familia debe ser la última medida a adoptar y siempre que su interés superior lo autorice”⁴⁸.

La legislación chilena incluye este principio en el artículo primero inciso primero de la ley 19.620, “*La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, **cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen***”⁴⁹. A pesar de esto, en la práctica se ha hecho una aplicación impropia de la institución de la adopción, ubicándola como una solución preferente en un conflicto o vulneración de derecho del niño, viéndose perjudicados principalmente las familias y niños con menos recursos. El presente trabajo de tesis pretende evidenciar que el Estado de Chile a través de la práctica compleja de variados actores está sistemáticamente violando este principio de subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica en familias de escasos recursos, cuestión que se intentará probar para el final del presente estudio.

3.1.1.3. Principio a la Verdad Biológica e Investigación de la Paternidad

El último principio, relacionado con el sistema de adopción, es el principio de la verdad biológica, que dice relación con que todo niño o niña tiene el derecho de investigar ampliamente su paternidad y maternidad natural. Este principio se extrae de una porción del

⁴⁸ LATHROP (2014) p.201, 202

⁴⁹ Art. 1º Ley 19.620

artículo séptimo de la CIDN que dice que el niño tiene derecho a “*en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”⁵⁰ .

Este principio es una expresión del derecho de identidad, “la identidad es la esencia de la persona, eso que no cambia a pesar de las transformaciones que pueda sufrir un individuo”⁵¹. La identidad biológica, esto es, el conocimiento de las raíces genéticas es un componente de la identidad de la persona, y es por esto que nace el derecho a conocerla.

En el sistema de adopción vigente en Chile, este principio se manifiesta a través de lo establecido en el artículo 27 de la ley N° 19.620, que permite a cualquier persona mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado, solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil que le informe si su filiación tiene ese origen y sí es así pedir copias de este expediente, conociendo la identidad de sus padres biológicos. Sin embargo, “no hay regulación alguna acerca de la información que éstos contienen. En Chile, el acceso que se permite al adoptado es al expediente archivado por el Registro Civil, que no contiene más que el hecho de haber sido adoptado, su nombre original, y su fecha de nacimiento” que se podría considerar insuficiente para satisfacer el derecho a la verdad biológica⁵². No obstante, en el reglamento de la ley de adopción Dto. N° 944 del Ministerio de Justicia, en su artículo 3° le confiere al SENAME y organismos acreditados, brindar asesoría en la búsqueda de sus orígenes con el fin “de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto y colaborar en el reencuentro con su familia biológica”⁵³.

Vale la pena acotar que, “no se trata por tanto de que el menor adoptado pueda o tenga derecho a “recuperar” su filiación de origen repudiando la adoptiva. De lo que se trata más bien es de que el adoptado pueda conocerse a sí mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes”⁵⁴.

⁵⁰ Art. 7° CIDN

⁵¹ VERDUGO (2007) p.9

⁵² Ibid. p.37

⁵³ Art. 3° Dto. N° 944, Ministerio de Justicia

⁵⁴ CORRAL (2002) p.70, 71

3.1.1.4. Derecho del Niño a ser Oído

Por último, se encuentra el derecho al niño a ser oído que se encuentra instaurado en el artículo 12 de la CIDN. Este derecho se puede resumir en que “el niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan”⁵⁵. Especialmente, en procedimientos judiciales y administrativos. El derecho al niño a ser oído no implica que se decida siempre conforme a su consentimiento, sino que el juez u órgano administrativo solamente debe escucharla y tomar en cuenta. Se debe considerar en función de la edad y el grado de madurez del niño o niña, reconociendo su autonomía progresiva.

En la ley N° 19.620, se expresa en su artículo 3° que señala “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”⁵⁶. Su inciso segundo, pone como requisito si un procedimiento concierne a un menor adulto, mayor de doce años en el caso de mujeres, mayor de catorce años en el caso de varones y menores de dieciocho en ambos casos, este debe dar su consentimiento en el proceso. No obstante, aún con la negativa de este menor adulto, por motivos fundados el tribunal puede permitir continuar con el procedimiento. A mi parecer, esto no se encuentra en línea con la CIDN y reconocimiento de la autonomía progresiva de los adolescentes, además que se haría poco aconsejable para la convivencia familiar y en consideración al NNA como sujeto de derecho otorgar la adopción de un adolescente que prestó su consentimiento en contra de formar parte de esa familia.

Por añadidura, la ley sobre tribunales de familia N° 19.968, que funciona como supletoria a la de adopción, declara en su artículo 16 como principios rectores del procedimiento de familia el interés superior del NNA y su derecho a ser oído.

3.1.2. Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional

Este tratado tiene como objeto establecer normas internacionales para regular la adopción internacional y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Fue adoptado en La Haya, el 29 de mayo de 1993 y ratificado por Chile el 1 de noviembre de 1999.

Su artículo segundo define a la **adopción internacional** como aquella donde un niño con residencia habitual en un Estado, (Estado de origen) es desplazado a otro Estado, (Estado

⁵⁵ UNICEF (2006) p.13

⁵⁶ ART. 3° Ley 19.620

de recepción) donde sus adoptantes tienen residencia habitual, realizándose la adopción tanto como en el Estado de origen, como en el Estado de recepción. El ámbito de aplicación de esta Convención es de adopción de menores de dieciocho años y de carácter filiativo, es decir, adopción plena. Haciendo una apreciación conceptual, se debe diferenciar la adopción internacional de la **adopción extranjera**, esta es una adopción nacional, pero por diversas razones tiene o puede tener efectos en un país extranjero, por ejemplo, por la circunstancia que la familia se mude permanentemente a otro país.

Desde un punto de vista histórico, la adopción internacional cobra importancia en la segunda mitad del siglo XX “Fue después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, y tras los conflictos de Vietnam y Corea, el momento en que la adopción traspasó las barreras nacionales con el fin de encontrar el número máximo de familias para los niños que no podían seguir en abandono. (...) El aumento que ha tenido esta institución internacional en la actualidad, radica en el interés de las familias de los países desarrollados de contar con un hijo, y esto principalmente por la escasa cantidad de niños en adopción existente en esos países, en los cuales la natalidad está muy controlada”⁵⁷. En otras palabras, son varios los factores que explican el nacimiento de la adopción internacional, pero principalmente es la gran cantidad de niños en situación de abandono en los países en desarrollo y la baja cantidad de estos en países desarrollados.

A pesar de los múltiples beneficios que puede presentar una adopción internacional, por darle una oportunidad a un niño sin familia que se pueda hacer cargo de él o ella de desarrollarse en una familia y en un país, generalmente de mayor progreso, también presenta dificultades. En primer lugar, se presentan muchas situaciones de conflictos de derecho, qué derecho aplicar en torno a: los requisitos, el procedimiento, el lenguaje, el órgano administrativo que interviene, etc. En segundo lugar, se deben impetrar las medidas de seguridad para respetar los derechos fundamentales del niño; “con el aumento en los últimos años de las adopciones internacionales ha dado lugar a que estas se realicen muchas veces a través de prácticas contrarias a los derechos fundamentales del niño y a la legalidad”⁵⁸.

En los países latinoamericanos, por ser países en vías de desarrollo, la adopción internacional se da generalmente en la faceta del Estado de Origen. Es por esto que las

⁵⁷ OETTINGER (2004) p.13

⁵⁸ *Ibíd.* p.13

legislaciones latinoamericanas se han preocupado casi exclusivamente de esta dimensión, no siendo la legislación chilena la excepción.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 21 letras b) a d), hace ciertas declaraciones programáticas acerca de la adopción internacional tomando una postura de aceptación limitada a esta. Ya que, manifiesta que los Estados deberán aceptar la adopción internacional en el caso que no hubiera posibilidad de colocar al niño en una familia adoptiva del país de origen. Además, impone que los Estados tomen las salvaguardas necesarias para que la adopción internacional no se transforme en tráfico de menores de edad.

La Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional en primer lugar, en sus artículos 4º y 5º, establece una serie de condiciones para que dé lugar a la adopción internacional, en consideración a los principios establecidos en la CIDN. Esto es cuando las autoridades competentes del Estado de origen hayan: **(a)** declarado al niño como susceptible de ser adoptado; **(b)** constatado que la adopción internacional obedece al interés del niño en cuestión; **(c)** el consentimiento de las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción, se encuentre libre de vicios; y **(d)** se ha tomado en consideración la opinión del niño en cuenta de su edad y grado de madurez. Respecto del Estado de recepción, cuando estos hayan: **(a)** constatados que los futuros padres adoptivos sean aptos e idóneos para adoptar; **(b)** que estos hayan sido debidamente asesorados y **(c)** que el niño sea autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

3.1.3. Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores

Esta Convención fue adoptada el 24 de mayo de 1984 en La Paz, entrando en vigor el 26 de mayo de 1988 y ratificada por Chile el 17 de enero de 2002, pero realizando una reserva al mismo disponiendo lo siguiente: *“La Republica de Chile declara que solo reconoce la adopción plena u otra institución que produzca similares efectos y, en consecuencia, constituya un vínculo de filiación que confiera al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes, por lo cual formula reserva a lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención, el que considera inaplicable a su respecto”*⁵⁹.

⁵⁹ Reserva del Estado de Chile a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores

Esta reserva se explica debido a que esta Convención presenta una definición de su ámbito de aplicación, diferente a la de adopción internacional en el Tratado de la Haya, estudiado anteriormente. Debido a que la Convención recoge toda clase de adopción, señalando en su artículo 1º *“La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte”*⁶⁰.

El objeto de esta Convención también es diverso al estudiado anteriormente ya que no establece condiciones para dar lugar a una adopción internacional ni su procedimiento. “Las normas de esta Convención tienen por objeto eliminar conflictos de leyes que se producen en este ámbito, especialmente en lo que dice relación con la ley aplicable, la jurisdicción competente, el reconocimiento en materia de adopción, entre otras”⁶¹. En grandes rasgos, la ley de la residencia habitual del niño o niña regirá en cuanto a los requisitos, procedimientos y capacidad para ser adoptado; y la ley del domicilio de los adoptantes regirá sus requisitos y capacidad para adoptar, a menos que estos sean manifiestamente menos estrictos que los establecidos en la ley de residencia habitual del niño o niña.

Aparte de esta fuente en el ámbito interamericano, el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, también contiene normas de solución de conflicto de leyes en caso de adopción internacional en sus artículos 73 a 77. Pero este Código no se aplica debido a la reserva hecha por el Estado de Chile a la Convención de la Habana de 1928, que limita la aplicación del mencionado código sólo en caso de que no haya solución en la ley chilena o que esta llegue a la misma solución, y en este caso sí existe una solución en la ley chilena, la cual es la convención interamericana.

3.2. Fuentes Internas

3.2.1. Ley Nº 19.620. Sobre Adopción de Menores

Como señalamos anteriormente, la principal ley en que se estructura el sistema actual de adopciones de NNA en Chile es la ley Nº 19.620 del año 1999, junto con su reglamento contenido en el Decreto Nº 944 del 2000 del Ministerio de Justicia, que operativiza las

⁶⁰ Art. 1º, Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores

⁶¹ OETTINGER (2004) p.18

disposiciones contenidas en la ley de adopción, principalmente en la función administrativa del SENAME. Esta ley se compone de cuatro títulos: el primero establece disposiciones generales, relativas a los principios inspiradores, las instituciones intervinientes, las normas aplicables al procedimiento, etc.; el segundo establece las reglas relativas a los procedimientos previos a la adopción; el tercero establece las normas de la adopción propiamente tal y, finalmente, el título cuarto que establece sanciones, los cuales son tipos penales dirigido a los funcionarios y a los adoptantes que hayan incurrido en algún medio fraudulento para obtener una adopción

Entonces, como ya nos podemos dar cuenta, esta ley configura dos tipos de procedimientos, un procedimiento previo o **procedimiento de susceptibilidad de adopción**, que busca establecer si un menor se encuentra en condiciones de ser adoptado y un **procedimiento de adopción propiamente tal**, que es un proceso no contencioso que tiene por objeto cambiar la filiación de un menor declarado previamente susceptible de ser adoptado, pasando este a ser hijo de los solicitantes.

3.2.1.1. Procedimientos Previos a la Adopción

El artículo 8º indica tres casos en que un menor de 18 años puede ser susceptible de ser adoptado. Existe una discusión en doctrina de cuándo se debe configurar el requisito de la minoría de edad, si al momento de iniciarse cualquier trámite tendiente a la adopción, cuando se dicta la sentencia que declara susceptibilidad de la adopción o la sentencia que declara la adopción. Corral considera que este requisito se debe verificar al momento de recibir por el tribunal la solicitud de adopción, debido a que esa es la instancia que da la ley, en el artículo 24, de verificar los requisitos para la adopción. Sin embargo, considerando que nuestra sentencia no tiene efecto retroactivo estimo que, además, debería verificarse tal requisito al momento de dictar sentencia de adopción, teniendo en cuenta que el proceso se puede demorar meses y hasta años.

Los tres casos indicados en la ley son: **(i)** cuando el NNA es entregado voluntariamente por sus padres que no son capaces de hacerse cargo de él, **(ii)** cuando el NNA es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, **(iii)** cuando el NNA es declarado como susceptible de ser adoptado por juez competente.

Al primer caso se le ha llamado **adopción por entrega o adopción voluntaria**. Comienza con una declaración de voluntad de uno o ambos padres del niño/a, ante el juez competente, de no estar capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de ellos. Si sólo un progenitor acude al juez, este debe citar al otro para que declare su

conformidad de entregar su hijo en adopción “Si el padre concurre al tribunal y declara su disconformidad con la entrega del hijo en adopción, no se configura el supuesto del artículo 8º, letra a. No obstante, ello no impide que se reinicie el procedimiento por una causal distinta”⁶². No es necesario citar al otro padre, si su filiación es indeterminada, está muerto o imposibilitado de manifestar su voluntad. Si no concurre dentro de plazo se presumirá su voluntad de entregar en adopción a su hijo/a. Se ha planteado la discusión si se deben citar otros parientes como los abuelos; la abogada Paola Truffelo, coincidiendo con Corral señala “si bien legalmente el juez que conoce de este procedimiento no tiene la obligación de citar a los parientes por consanguinidad, podría hacerlo en virtud de sus amplias atribuciones para decretar una o más medidas y, debería realizarlo, considerando especialmente el principio de prioridad de la familia biológica del niño”⁶³. En ello coincido plenamente, debido que considerando el artículo 226 del Código Civil, el juez puede conferirles el cuidado personal a otros parientes competentes para criar al niño o niña y se correspondería al principio de subsidiariedad de la adopción, ya que el niño sí tendría una familia que puede hacerse cargo responsablemente de su cuidado, sólo que pertenecerían a su familia extendida.

El artículo 9º señala que esta declaración se debe hacer en conformidad al artículo 56. Como la ley de adopción no tiene 56 artículos, esta referencia se debe entender alusivo a la Ley Nº 19.968, que es directamente supletoria, donde se establece el inicio del procedimiento ordinario de familia a través de la demanda. Además, esta ley de tribunales de familia, modificó el artículo 9º acortando el plazo para retractarse de 60 a 30 días. Este plazo para el retracto tan acotado ha sido criticado⁶⁴, señalando que debería mantenerse intacto este derecho en cuanto no haya sentencia ejecutoriada que decrete la susceptibilidad de la adopción del niño o niña, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad de la adopción

El artículo 10º de la ley, permite que la madre manifieste la intención de dar a su hijo/a en adopción antes del parto, configurándose una especie de **adopción prenatal**. Bajo el concepto de adopción prenatal se existen dos figuras diferentes. Primero, la constitución de vínculo adoptivo mientras se gesta el hijo en la madre biológica y segundo, el intercambio de

⁶² GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.244

⁶³ TRUFFELO (2013) p.128

⁶⁴ ibíd

embriones para ser gestado y criado por personas distintas a los padres genéticos. Este segundo caso no será objeto de análisis en este trabajo, debido a que tiene una regulación diferenciada y se considera a este tipo simplemente una filiación bajo técnicas de reproducción asistida y no filiación adoptiva⁶⁵. La adopción pre natal, en la forma de la primera variante señalada, ha sido rechazada por la comunidad internacional. Así varios países no la permiten como tampoco la Convención de la Haya (Art. 4º letra c) nº4). Esta postura se fundamenta en que la madre en el embarazo se encuentra en un estado especialmente vulnerable, por lo tanto, la voluntad de desprenderse de su hijo antes del nacimiento de este carecería de eficacia vinculante.

En Chile, como señalamos, el artículo 10º permite que la madre exprese su consentimiento de dar en adopción su hijo antes de su nacimiento. “Aunque la norma no lo dice, es obvio que se trata del hijo ya concebido que está por nacer y que se encuentra en el vientre materno”⁶⁶. Tiene como requisito que esté patrocinada por el SENAME u organismos acreditados y que ratifique su consentimiento hasta 30 días después del parto, si no concurre se entenderá desistido. Si la madre fallece antes del plazo, será suficiente el consentimiento que dio antes del parto. Este plazo, según la doctrina “se trata de un plazo fatal e improrrogable. Por ello, entendemos que si la madre no ratifica en ese plazo tampoco podría después volver a solicitar la declaración de adoptabilidad por el procedimiento común, ya que admitir lo contrario sería burlar la caducidad que ha sido expresamente ordenada por la ley”⁶⁷. Por lo que, como podemos constatar, el legislador tiene la intención de resguardar lo más posible el consentimiento de la madre en estado de embarazo. Se justificó esta especie de adopción pre natal “como una forma de evitar el aborto y el abandono de niños y niñas”⁶⁸, pero la profesora Maricruz Gómez encuentra que la norma no entrega tal efecto esperado. El artículo nada dice sobre el consentimiento del padre tal como lo establece en el artículo anterior, sin embargo, se considera que se debe llamar al padre igualmente por cuestión de coherencia entre normas. El problema es que, sólo se podrá llamar al padre cuando la madre esté casada ya que la filiación estaría determinada, que es la minoría de los casos, o cuando el padre reconoció a su hijo dentro de los primeros 30 días después del parto.

⁶⁵ CORRAL (2002) p.101

⁶⁶ TRUFFELO 2013. p.129

⁶⁷ *Ibid.* p.130

⁶⁸ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.246

El caso de la letra “b”, es el llamado por la doctrina como **adopción por integración**. Corral define este tipo de adopción como “aquella en que el menor se encuentra en desamparo sólo respecto de uno de sus progenitores y no del otro que lo mantiene bajo su cuidado y asistencia y que, además, lo ha insertado en el hogar que ha conformado con su marido o mujer, quien, a pesar de no ser ascendiente biológico del hijo de su cónyuge, lo trata y lo quiere como tal”⁶⁹ Este caso se regula en el artículo 11, y presenta dos subtipos o situaciones distinguibles. Primero, la adopción por parte de la madre o padre y su actual cónyuge. En este caso se requiere que los adoptantes hayan celebrado matrimonio y que el niño sea hijo biológico de uno de ellos y no del otro solicitante. Si este niño tiene filiación determinada del otro progenitor no adoptante, es necesario que este preste su consentimiento, o en su falta u oposición, el juez resuelve la susceptibilidad de adopción del niño. Este tipo de adopción se critica⁷⁰, ya que se desvía totalmente del fin de la adopción de darle una familia al niño o niña que carece de ésta y mayormente porque elimina los vínculos de la familia de origen de un progenitor (si esta filiación se encontraba determinada), por la decisión del otro progenitor de unirse nuevamente en matrimonio, y si bien se le pide el consentimiento a aquel padre o madre, no se toma en consideración la voluntad de la familia extendida como los abuelos biológicos. Me encuentro de acuerdo con las críticas señalada, ya que aquí el interés que se está protegiendo no es el interés superior del NNA, quien deja de tener, sin su voluntad, lazos familiares con un grupo de personas que ya había formado estos lazos, sino que el interés que se protege es fundamentalmente el padre o madre que vuelve a contraer matrimonio y este cónyuge.

Segundo, la adopción de un descendiente no hijo, es decir, un nieto o bisnieto y su actual cónyuge. En este caso se requieren los mismos requisitos anteriores, manteniendo que sea descendiente de uno de los solicitantes y no del otro, por lo tanto, no se puede dar la adopción por ambos abuelos biológicos. Este tipo de adopción también genera reproche⁷¹ debido a que el mismo fin se podría lograr pidiendo el cuidado personal del menor en virtud del artículo 226 del Código Civil chileno. Además, a través de la adopción se altera la estructura familiar, el abuelo pasa a ser padre y el padre o madre biológica pasa a ser hermanos del niño o niña adoptada. Lo que nuevamente, considero que está en contra de los derechos del NNA

⁶⁹ CORRAL (2002) p.162, 163

⁷⁰ CORRAL (2002) p.167

⁷¹ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.248; CORRAL (2002) p.173

y por lo tanto de su interés superior al modificar sin su voluntad derechos sucesorios, su estructura familiar conocida, etc.

Finalmente, tenemos el tercer caso, el cual la doctrina lo denomina **adopción por desamparo**. En este caso se está frente a un hecho o situación imputable a la madre, padre o personas que se le haya confiado el cuidado del NNA que se busca declarar susceptible de ser adoptado. La ley configura tres causales de desamparo en el artículo 12. La primera, es la **inhabilidad física o moral** para ejercer el cuidado personal, la cual se estudiará con detención en el próximo capítulo, analizando, asimismo, el problema que se ha dado en la actualidad de la llamada inhabilidad parental por pobreza. La causal de la letra b), corresponde a la **falta de atención personal o económica del niño**, con la prevención de que la sola falta económica no es causal suficiente para la declaración respectiva. Llama la atención, que el legislador utilice la partícula “o” si considera que la sola falta de recursos económicos no es causa suficiente para señalar que el niño está en desamparo, siendo así llama la atención tan solo que mencione la dimensión económica. Pareciera que la falta de recursos económicos funciona como una agravante, esto relacionándolo, como observaremos más adelante, con las numerosas denuncias por parte de padres señalando que la carencia de recursos económicos ha sido preeminente para solicitar en el procedimiento previo a la adopción. Como señalamos anteriormente, este hecho debe ser imputable a los padres o personas que tienen en su cuidado al niño, por lo que no constituye causal de desamparo la falta de atención personal o económica, por causa justificada como, por ejemplo, estar privado de libertad en un recinto penitenciario. En el texto original, además se comprendía la dimensión afectiva, pero esta fue suprimida por la ley N° 19.910, con el argumento de que “podía estimarse como un requisito de dedicación al menor incompatible con la necesidad de trabajo de la madre, especialmente tratándose de sectores de menos recursos”⁷². Este argumento es poco válido por: primero, porque se refiere sólo a la madre y no a ambos padres o personas que tienen a su cuidado al NNA; segundo, que si el argumento era no perjudicar a los padres de pocos recursos, se debería eliminar la dimensión económica, siendo la dimensión afectiva una importante área para el desarrollo del niño y que no hace relación con los recursos ni el tiempo que se dispone en razón del trabajo.

⁷² Historia de la Ley N° 19.910, p.61

Para configurar la segunda causal de desamparo, la falta de atención personal o económica debe realizarse, depende de la edad del pupilo: treinta días si este es menor a un año y dos meses si este es mayor. Este plazo ha sido modificado dos veces, originalmente era de seis meses si el niño era mayor a dos años, tres meses; menor a dos años, pero mayor a seis meses y cuarenta y cinco días si era menor de seis meses, luego se cambió a cuatro meses si era mayor de un año y treinta días si era menor de un año y por último al plazo mencionado anteriormente

Por último, la tercera causal corresponde a la **entrega del menor con ánimos manifiestos de desligarse de las obligaciones parentales**. Los requisitos de esta causal son que la madre, padre o personas que tienen a su cuidado el NNA, lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero (aunque la ley no distingue esto se debe entender sólo como persona natural, debido que de otra manera no tendría sentido la distinción anterior); o lo abandone en la vía pública, en un lugar solitario o en un recinto hospitalario con ánimos manifiestos de librarse de sus obligaciones legales. La ley establece dos presunciones, simplemente legales, a este ánimo manifiesto: primero, cuando la entrega no tenga causa justificada, en consideración al interés superior del niño y segundo, no visite al menos una vez a su hijo/a, en el plazo establecido en la causal anterior, según la edad de este.

3.2.1.2. Procedimiento de Adopción Propiamente tal

Este título, está conformado por tres párrafos: el primero delimita las personas que pueden adoptar y su orden de prelación, el segundo regula las normas procesales sobre la adopción, que detallaremos más adelante, y el tercero reglamenta la adopción por personas no residentes en Chile.

Entre las personas que pueden adoptar se encuentran los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile (Art. 21), los cónyuges chilenos o extranjeros no residentes en Chile (Art. 31), o una persona individual, soltera, divorciada o viuda; en el respectivo orden de prelación. No obstante, por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 30, se puede preferir un matrimonio no residente en Chile con preferencia a uno con residencia permanente en el país, si existen razones de mejor conveniencia de acuerdo al interés superior del niño, que la sentencia deberá fundamentar.

En lo anterior, se puede advertir una declaración del legislador de darle preferencia a la familia matrimonial para hacerse cargo de un niño o niña. “El legislador ha preferido la familia

constituida mediante el matrimonio y no la derivada de la simple convivencia, ya que estima que en la unión de derecho se podrá cumplir o cautelar de mejor forma los intereses del menor, sin perjuicio de la subsidiaria facultad de adoptar de las personas solteras, viudas o divorciadas”⁷³. La Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, no menciona ni modifica la ley de adopción, por lo que aún no se reconoce a las parejas de hecho en esta forma de convivientes civiles el valor de formar una familia a través de la adopción, como pareja y no como personas singulares. Más aun considerando que el AUC también lo pueden celebrar parejas del mismo sexo y el legislador actual no está conteste en la adopción homoparental. No obstante, solo mencionar que existe un proyecto de ley en el congreso que busca admitir la adopción de parejas que hayan celebrado el AUC. (Boletín N° 10.626-07)

Los requisitos de la **adopción conyugal** se encuentran instaurados en el artículo 20 y son los siguientes: **(i)** dos o más años de matrimonio, “Con ello se desea que la unión tenga una consistencia mínima para ofrecer la esperanza de constituir un hogar estable para el adoptado. Además, se supone que en ese tiempo la pareja habrá comprobado si le es posible obtener descendencia por la vía natural”⁷⁴. Por esta razón, es que el inciso cuarto le permite al juez prescindir de este requisito si se probare estado de infertilidad en cualquiera de los cónyuges; **(ii)** evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el SENAME o los órganos acreditados, esto se hace mediante un informe de evaluación de idoneidad; **(iii)** que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Por último, este requisito no será exigible si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado, es decir, las causales del artículo 11.

El siguiente artículo regula la adopción individual, es decir, de una persona soltera, divorciada o viuda con residencia permanente en Chile. No se permite adopción de personas singulares sin residencia permanente en Chile. Esta adopción es de una persona en singular, por lo tanto, no podrían adoptar dos personas solteras, divorciadas o viudas a un mismo niño si no se unen por matrimonio. Además, no puede adoptar individualmente una persona que tenga estado civil de casado/a, ni en la actualidad, de conviviente civil. Tienen los mismos requisitos de idoneidad que el caso anterior, menos claramente el referente a la duración del matrimonio. Se ha discutido en la doctrina, si dentro del requisito de la idoneidad moral se

⁷³ MUÑOZ (2014) p.276

⁷⁴ CORRAL (2002) p.197

debe considerar como un factor negativo o no que el adoptante forme parte de una relación extramatrimonial. Corral Talciani piensa que sí sería un elemento obstativo a la idoneidad moral del solicitante, debido a su particular visión de la convivencia extramatrimonial señalando que la relación de hecho “revela un cierto desprecio por las instituciones familiares que pone en riesgo la buena crianza y educación del menor”⁷⁵ y a que en la historia de la ley se pensaba en personas que vivían solas y no en parejas de hecho. Desde mi perspectiva, no estoy de acuerdo con esto, porque primero sería ilusorio pensar que una persona permanecerá sola el resto de su vida, siendo que nada le impide tener una pareja formando una familia y segundo porque la institución del matrimonio no es una institución puramente civil, sino que, también ideológica, por lo que la gente no se casa no porque su relación no sea estable sino porque no comparten determinada ideología. Concerniente a los efectos, aunque la ley resiste en señalarlo expresamente, como es una persona individual la filiación será no matrimonial e indeterminada en el padre o la madre según corresponda. “Entendemos que la paternidad o maternidad en este caso debe quedar establecida formalmente como reconocimiento en la inscripción de nacimiento”⁷⁶.

Nuestra legislación incluye un caso especial, que está entre adopción conyugal e individual, que es la **adopción post mortem**. Esto es la concesión de la adopción al viudo o la viuda si en vida ambos cónyuges hubieran iniciado el trámite de la adopción o si el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar. La adopción se entenderá hecha por ambos cónyuges por lo tanto esta persona singular gozaría del orden de prelación de una pareja unida en matrimonio.

El procedimiento, en breve, se trata de un procedimiento no contencioso, por lo tanto, no admite ningún tipo de oposición. Inicia con una solicitud de adopción firmada por los adoptantes. Luego, ocurre un examen de admisibilidad, donde se verifica el cumplimiento de los requisitos legales, dictándose una resolución que acoge a tramitación la solicitud y cita a audiencia preparatoria a los solicitantes. En esta audiencia se expondrán las ventajas y beneficios que reportaría la adopción al pupilo, en base a los antecedentes de los solicitantes, si esto se acredita el juez podrá fallar en la misma audiencia sino decretará las diligencias necesarias para poder fallar en la audiencia de juicio. La valoración de la prueba como la ley N° 19.620 nada señala, se debe entender referida a la ley N° 19.968, que instaura el sistema

⁷⁵ Ibíd. p.214

⁷⁶ Ibíd. p.280, 281

de la sana crítica. Además, pueden solicitar en la audiencia preparatoria el cuidado personal del NNA si no lo tienen ya por aplicación del artículo 19 o por ser el caso de la adopción por integración. Por último, se dicta la sentencia de adopción la cual es una sentencia constitutiva y debe contener las menciones del artículo 26⁷⁷.

La adopción de personas no residentes en Chile se sujetará al mismo procedimiento señalado anteriormente y, cuando corresponda, a las convenciones internacionales ratificadas por Chile que regulen la adopción internacional. Las diferencias son; que todos estos procedimientos deberán ser patrocinados por el SENAME o un organismo acreditado, la solicitud de adopción debe contener bastantes más documentos que para la adopción de personas residentes en el país y que los solicitantes deberán comparecer personalmente al tribunal todas las veces que el juez lo estime necesario, que deberá ser siempre al menos una vez durante todo el proceso.

3.2.1.3. Efectos de la Adopción

El artículo 37 inciso segundo de la ley, señala que los efectos de la adopción comienzan desde la inscripción de la sentencia definitiva que concede la adopción en el Registro Civil. Ha habido respecto a esto una discusión si produce o no efectos retroactivos, como lo hace el reconocimiento de la filiación natural. Ello debido a que en la historia de la ley N° 16.346 a pesar de que el tenor literal del artículo era similar al actual, se consideró que sí producía efectos retroactivos. Esta discusión se superó en las leyes sucesivas a esta, señalando que los efectos de la adopción se producen sólo hacia el futuro. Esto también es efectivo para el caso de la adopción post mortem como señala el artículo 22 (entonces el hijo adoptado se considerará hijo del cónyuge fallecido, pero no concurrirá en la sucesión de este).

Ahora bien, la inscripción en el registro civil no es requisito de existencia ni validez de la adopción, sino que, se trata de un requisito de publicidad. Por lo tanto, la sanción a su omisión es la inoponibilidad.

Como señalamos previamente, esta ley adopta el sistema de la adopción plena. Por lo tanto, coherente con esto, el artículo 37 establece que la adopción confiere estado civil de hijo de los adoptantes y por supuesto como expresión del principio de igualdad entre hijos, no existe ninguna distinción de los deberes y derechos de estos con respecto a los hijos

⁷⁷ Art: 26

biológicos. También, se extinguen todos sus vínculos de filiación de origen, con excepción de los impedimentos para contraer matrimonio. Respecto a esto, el legislador comete un error de referencias, ya que cita el artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil, siendo que la mención debería estar hecha al artículo 6º de esta misma ley. Debido a que el primero de los artículos establece los impedimentos matrimoniales absolutos, que se tiene respecto a cualquier persona. Mientras que el artículo 6º establece los impedimentos matrimoniales relativos.

Asimismo, la doctrina⁷⁸ considera que esta constitución de estado civil de hijos y extinción de vínculo anterior sólo operaría para efectos civiles (en sentido amplio), y no para efectos penales. Esto es porque se afirma que el bien jurídico protegido no es el lazo afectivo, sino que el lazo sanguíneo. “Por ello, no cometerá parricidio, sino sólo homicidio, el hijo adoptivo que mata a su padre adoptante o viceversa”⁷⁹. Esto, además, explicaría de que se mantengan los impedimentos matrimoniales con la familia de origen, debido que siendo uno de los fines del matrimonio la cohabitación, respecto de los familiares biológicos se estaría cometiendo el delito de incesto tipificado en el artículo 375 del Código Penal chileno.

De igual forma, la adopción tiene el carácter de irrevocable, como lo señala el artículo 38, siendo sólo posible dejarla sin efecto a través de la acción de nulidad, que se estudiará más adelante. “El carácter de irrevocable se explica porque se trata de un acto de familia que crea un nuevo estado civil. Es decir, debe tratarse de una institución que otorgue estabilidad a las relaciones que origina”⁸⁰.

Respecto del nombre del adoptado, la presente ley nada dice. Sin embargo, el artículo 26 número 2º señala que la inscripción se deberá realizar conforme al artículo 31 de la ley Nº 4.808 “Ley sobre el Registro Civil”. Este artículo señala lo que debe contener las inscripciones de partida de nacimiento o en este caso de adopción y en su número 3º señala “El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción”⁸¹. A su vez, este artículo se encuentra regulado en el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil incluido en el D.F.L 2.128, en el que se indica en su artículo 126 que “Al inscribir un nacimiento se designará

⁷⁸ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), CORRAL (2002)

⁷⁹ *Ibid.* p.281

⁸⁰ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.239

⁸¹ Art. 31 nº 3, Ley 4.808

al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción (...), se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre”⁸². Cabe mencionar que el nombre de pila tiene la única restricción de que no se podrá requerir un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje. Respecto de la adopción de persona individual, debemos seguir la regla de los hijos no matrimoniales, que señala que debe llevar el apellido del padre o madre que hubiere pedido que se deje constancia de su maternidad o paternidad, en este caso el adoptante y el otro apellido será el que este requiera en su inscripción a su elección.

3.2.1.4. Sanciones

Por último, el título cuarto establece una protección penal a la institución de la adopción. Hay tres tipos de delitos reglamentados. El primero, es la revelación de antecedentes que tengan carácter de reservado, con penas diferenciadas si la persona que los revela es funcionario público, agravándose si es reincidente u ocasionare graves daños al NNA o sus padres, biológicos o adoptivos, o si la persona es un particular. El segundo, es a través medios fraudulentos se saque al NNA del país con fines de adopción, agravándose la pena si se comete por un funcionario público. Y finalmente, el tercer tipo es la solicitud o aceptación de cualquier tipo de contraprestación por facilitar la entrega de un menor en adopción, aumentándose de igual forma la pena si el perpetrador es funcionario público. No hay tipificación cuando esta contraprestación se solicita antes de que los niños nazcan, situación que se ha evidenciado en nuestro país. “Por ello, los diputados Walker y Silber presentaron una modificación al artículo 42 de la Ley de Adopciones, con el propósito de tipificar como delito el ofrecimiento de comercializar la entrega de menores en gestación”⁸³.

3.2.2. Ley Nº 16.618. Ley de Menores

Por último, nos vamos a referir escuetamente a la ley Nº 16.618, “Ley de Menores”, del 3 de febrero de 1967. Lo primero que percatamos es que esta ley es anterior a la CIDN, por lo que se basa en los principios de la doctrina de la situación irregular y aunque ha sido múltiplemente modificada, todavía se encuentra en dicha doctrina. Ya la sola mención de menores en vez de niñez hace prever que trata de sujetos que aún son imperfectos atacando sólo a los que se encuentran en una especial situación de vulneración de derechos. “La Ley 16.618 tiene muchísimas normas que han sido derogadas. Lo que está quedando de esa ley

⁸² Art. 126, D.F.L 2.128

⁸³ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.283

es absolutamente inorgánico y, para efectos de resolver situaciones de protección, tenemos que hacer un trabajo de integración de normas que resulta complejo por no haber un estatuto, valga la redundancia, integral, un estatuto marco con una mirada mucho más abarcadora, moderna y más adecuada a los tiempos respecto de las necesidades de los niños”⁸⁴.

Esta ley se hace importante para el sistema de adopción, porque como estudiaremos en el siguiente capítulo, contiene en su artículo 42, las causales para declarar inhábil al padre, madre o persona que tenga a su cuidado el niño, niña o adolescente que se busca la declaración de susceptibilidad de la adopción. Además, el artículo 47 da luces lo que se entiende por abandono al señalar que el solo hecho de colocar al niño o niña en casa de un tercero no constituye de por sí abandono.

4. MARCO PROCESAL DE LA ADOPCIÓN EN CHILE

El Artículo 2º de la ley sobre Adopción de Menores, establece el marco general en cuanto a las normas procesales. Señala que la tramitación de la adopción se sujetará a las reglas de la ley N° 19.620 y en todo lo que no sea regulado por esta, se regirá Título III de la ley N° 19.968 que crea los Juzgados de Familia (LTF), título el cual establece el procedimiento ordinario de familia.

Como hemos señalado, la ley N° 19.620 regula dos procedimientos, el procedimiento previo a la adopción y el procedimiento de adopción propiamente tal. Por ende, hay dos procesos a analizar.

4.1. Competencia

En materia de competencia, el artículo 18 establece una regla común para ambos procedimientos. Será competente el juez de letras con competencia en materias de familia del domicilio o residencia del niño o niña sobre el cual versa el procedimiento. Si el NNA se encontrare bajo cuidado del SENAME o un organismo acreditado por éste, se entenderá como domicilio el de esta institución. Además, el mismo juez será competente para conocer las

⁸⁴ UDP (2014) p.428

medidas de protección que se puedan solicitar a favor del pupilo y si ya existen tales procesos iniciados, se ordenará acumularlos al de susceptibilidad de la adopción.

Con respecto a la adopción por personas que no tienen residencia permanente en el país, el artículo 34 establece, la misma norma anterior, es competente el juez del domicilio del niño o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentren. El problema es que señala “el juez de letras de menores”, “al parecer el legislador olvidó modificar este artículo cuando aprobó la ley que creó los Tribunales de Familia”⁸⁵, por lo que debemos entender esta referencia hecha al juez de letras con competencia en materias de familia.

4.2. Notificaciones

En lo referente a las notificaciones, el artículo 16 señala que la sentencia que declara la susceptibilidad de la adopción del niño o niña será notificada por cédula a los consanguíneos que hayan comparecido en el proceso, a menos que sea posible notificarlos de forma personal en la misma audiencia. Si tales consanguíneos no comparecieron en el proceso, el Art. 14 in fine indica que se considerará rebeldes y respecto a de ella las resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien. Por su parte, el Art. 25 replica la misma regla para la sentencia de adopción, claro que en este caso los notificados son los solicitantes.

Además, los artículos 9º y 14 establecen una regla especial para la primera notificación en el procedimiento previo a la adopción *“La citación se notificará personalmente a los padres del menor, y por carta certificada a las demás personas. (...) De no establecerse el domicilio de alguna de ellas, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, el juez ordenará de inmediato que la notificación se efectúe por medio de un aviso que se publicará gratuitamente en el Diario Oficial el día 1 o 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuese feriado. (...) La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación del aviso”*⁸⁶.

De las demás notificaciones, la ley N° 19.620 nada dice, por lo que debemos entender que se practican del modo instaurado para el proceso de familia en la LTF en el artículo 23. Es decir, por el estado diario a menos que se ordene la comparecencia personal de las partes

⁸⁵ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.279

⁸⁶ Art. 14 inc. 1º y 2º, ley 19.620

que no hayan sido expedidas en alguna audiencia, la cual será por carta certificada. La notificación por carta certificada se entenderá hecha al tercer día siguiente al que fue expedida.

4.3. Recursos

Respecto a la sentencia que declara la susceptibilidad de un niño, niña o adolescente de ser adoptado, el artículo 17 señala que en contra de ésta procede el **recurso de apelación** en el solo efecto devolutivo, sin importar si deniegue o acoja la susceptibilidad de adopción. Que sea en el sólo efecto devolutivo obedece a no retrasar el proceso de adopción de un niño, niña o adolescente en situación de desamparo. Pero esto es también merecedor de críticas, sobre todo considerando el carácter de irrevocable de una adopción y de que si se apela la sentencia que acoja la susceptibilidad de ser adoptado es un indicio de que existe una familia que desea hacerse cargo del cuidado del niño. Igualmente, se puede contra argumentar que el recurso de apelación no se debería tardar tanto debido a que goza de preferencia para su vista y fallo.

La Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, en su artículo 67 n° 6, establece que además procede el **recurso de casación en la forma**, sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia o interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación respecto de las causales 1º, 2º, 4º, 6º, 7º y 9º del artículo 768 del CPC o con omisión de los requisitos de la sentencia definitiva del artículo 66 de la ley de tribunales de familia. Por lo tanto, se podría intentar sólo con respecto a la sentencia que acoja o deniegue la susceptibilidad de la adopción, pero no con respecto a la sentencia que falle el recurso de apelación de ésta. La profesora Maricruz Gómez de la Torre expresa que “con la incorporación del recurso de casación en materia de menores puede alargarse excesivamente el procedimiento, lo que atentaría contra el principio de celeridad que informa el proceso de adopción, no cumpliéndose la finalidad de la adopción, que es proteger a un menor en situación de vulnerabilidad, otorgándole una familia.⁸⁷ . Personalmente, no me encuentro de acuerdo con esta apreciación, debido a que primero el procedimiento no se estaría alargando excesivamente, porque según el artículo 770 inc. 3º del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en la forma se debe intentar en conjunto a la apelación, por lo tanto, se estaría fallando en la misma instancia que éste. En segundo lugar, la práctica señala, y como veremos en el próximo capítulo en el análisis estadístico, que el

⁸⁷ GOMEZ DE LA TORRE (2007) p.256

infante pasa un largo período en los centros de residencia antes de ser adoptado, lo que se incrementa entre mayor sea la edad de éste. Y, en tercer lugar, el intento de interponer recursos como estos puede ser indicio de la existencia de una familia que quiere hacerse cargo responsablemente del cuidado del niño o niña y que injustamente se le juzgó como inhábil parental.

Si en el procedimiento previo a la adopción, no era parte el SENAME o uno de los organismos acreditados, es decir, se inició por oficio del juez o por instancia de las personas naturales o jurídicas que tengan a cargo el NNA se deberá elevar en consulta al tribunal superior jerárquico. Esto es debido a que se supone que las causas que el SENAME era parte, ya revisten un tipo de control. Aunque la ley no lo señale, se estima que esto no sería aplicable para las causas apeladas, ya que ya hay conocimiento del tribunal superior jerárquico.

Existe una propuesta parlamentaria, que se tocará con mayor detención en el cuarto capítulo, de darle a la sentencia que declara la susceptibilidad de adopción un régimen de cosa juzgada provisional o, en otras palabras, una cláusula de *rebus sic stantibus*. Esto significa que sea esencialmente revocable si cambian las circunstancias, por ejemplo, que los padres declarados inhábiles parentales hayan trabajado en sus falencias y sean ya capaces de hacerse cargo responsablemente del niño o niña. Este régimen de cosa juzgada provisional, se postula que debería mantenerse hasta la sentencia de adopción que afecte a ese niño o niña, debido a que ésta tiene el carácter de irrevocable.

Por otro lado, con respecto a la sentencia definitiva del procedimiento de adopción propiamente tal, el artículo 25 de la ley de adopción, dice que procederá el recurso de apelación “*el que gozará preferencia para su vista y fallo, y se tramitará de acuerdo a las reglas de los incidentes*”⁸⁸. Como en este caso nada se dice sobre sus efectos, se debe entender que es en ambos efectos, por ser esa la regla general en nuestro sistema (Art. 193 CPC). Además, procede el recurso de casación en la forma de igual manera a la señalada para el caso de la sentencia anterior. Esto es sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia o interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación respecto de las causales 1º, 2º, 4º, 6º, 7º y 9º del artículo 768 del CPC o con

⁸⁸ Art. 25, Ley 19.620

omisión de los requisitos de la sentencia definitiva del artículo 66 de la ley de tribunales de familia.

Con todo, esta sentencia, puede ser anulada si la adopción fue obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. Por lo tanto, además, procede ante esta sentencia el **recurso de nulidad**. El recurso o acción de nulidad presenta una prescripción de cuatro años desde que el adoptado adquiere plena capacidad, es decir, desde los dieciocho años o haya tenido conocimiento del vicio que afecta a la adopción. Es una acción que solo le compete al adoptado, que puede actuar por sí o con curador especial si no es plenamente capaz. Por consiguiente, aún si terceros, instituciones administrativas, o los mismos adoptantes conocen del vicio no pueden intentar la nulidad de la adopción, reflejándose una vez más que el legislador actual concibe la adopción en el interés del niño. Las causales, como señalamos es haber sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, por lo tanto, el primer elemento no se debe probar el dolo si no sólo la no observancia de la regulación de la adopción. Es competente para conocer esta acción el juez de familia del domicilio o residencia del adoptado conforme al procedimiento ordinario de familia.

5. MARCO INSTITUCIONAL DE LA ADOPCIÓN EN CHILE

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) cumple un rol importantísimo en la adopción de NNA en Chile. El artículo 6º de la ley N° 19.620 le otorga exclusividad para intervenir en los programas de adopción al SENAME o a órganos acreditados por éste. Hasta la dictación de esta ley, el Estado tenía poca injerencia en el tema de la adopción. En la historia de la ley se discutió bastante su rol, porque si bien se estaba conteste que debía haber un órgano público a cargo de los temas de adopción no se quería perder la labor que realizaban las instituciones particulares, que tenían experiencia y que no estaban influidas por la burocracia característica del Estado. Por lo que finalmente, se llegó a la solución de darle al SENAME un rol protagónico en el área de la adopción, pero sin excluir la función operativa de estas instituciones privadas que aun así deben ser acreditadas y fiscalizadas por el SENAME.

5.1. Funciones y Orgánica del SENAME

El SENAME fue creado por el Decreto de Ley N° 2.465 del 10 de enero de 1979, es decir, mucho antes de la actual ley. Es un organismo público dependiente del Ministerio de Justicia. Según el artículo primero de este decreto, el Servicio Nacional de Menores es el

encargado de “*contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal*”⁸⁹.

La estructura orgánica se encuentra regulada en el artículo 4º del DL mencionado. Se conforma por la Dirección Nacional que encuentra sede en Santiago, y que la lidera un Director Nacional y por Direcciones regionales, de las cuales dependen de la Dirección Nacional. Además, el director Nacional cuenta con la asesoría de un Comité Consultivo Nacional, que se forma por cinco representantes de instituciones reconocidas como colaboradoras del Servicio.

El SENAME, también tiene a cargo la justicia juvenil y la protección de derechos. Para hacerse cargo de la temática de la adopción se creó el Departamento de Adopción en la Dirección Nacional, que luego se replicó en las Direcciones Regionales. “Se han creado Unidades de Adopción en todas las Direcciones Regionales del Servicio, pero no todas cuentan con el personal especializado para ejecutar los programas de adopción”⁹⁰.

Adicionalmente, según lo establecido en la ley N° 20.032, en su artículo 3º, el SENAME podrá financiar colaboradores en cuatro líneas de acción: **(i) oficinas de protección de derechos (OPD)**, que son instancias de carácter local que se instalan a través de las municipalidades donde se atienden vulneraciones de derechos a la infancia; **(ii) centros residenciales**, son aquellos lugares que dan alojamiento, alimentación y abrigo de forma estable, a los niños, niñas y adolescentes separados de su medio familiar, por alguna medida; **(iii) sistemas de diagnóstico**, que son servicios periciales que prestan su asesoría en procesos judiciales y **(iv) red de colaboradores**, que son los diferentes programas donde se atienden a NNA, de acuerdo a temáticas específicas.

Se critica esta multiplicidad de instancias para proteger la infancia, muchas veces no realizando un trabajo armónico y coordinado. “No es fácil advertir los motivos a los que responde la división de la política pública de infancia en estas “líneas de acción”. Cabe preguntarse a qué criterios responde cada una y si ello facilita la generación de una política pública que pueda considerar la infancia de manera integral”.

⁸⁹ Art. 1º, D.L 2.465

⁹⁰ CORRAL (2002) p.99

Según Corral Talciani, las funciones del SENAME respecto al tema de la adopción, son de cinco tipos: **(i) Funciones de acreditación y supervisión:** le corresponde acreditar, fiscalizar y revocar la autorización de organismos que incidan en materia de adopción. También esta función se extiende a organismos internacionales que jueguen un rol en las adopciones internacionales con Chile, debido a que en la Convención de la Haya relativa a materia de cooperación internacional, el SENAME se encuentra como autoridad central. **(ii) Funciones normativas:** el SENAME puede dictar instrucciones a la que los organismos colaboradores deberán sujetarse. De hecho, uno de los requisitos para que un organismo obtenga la acreditación del SENAME, según el artículo 16 del Reglamento es una “*Declaración jurada extendida ante Notario, en que conste el compromiso de la corporación o fundación respectiva, de dar cumplimiento a las instrucciones generales o especiales que dicte el Servicio Nacional de Menores en materia de Adopción*”⁹¹. **(iii) Funciones operativas:** las funciones operativas dicen relación con la ejecución de los programas de adopción, que se analizarán más adelante. **(iv) Funciones registrales:** esta función se instaura en el artículo 5º de la ley de adopción mandando al SENAME a llevar dos registros, uno de personas interesadas en adoptar a un niño, niña o adolescente y el otro de personas que pueden ser adoptadas, aunque la circunstancia de que una de estos dos actores no se encuentren en el registro no obstará a la adopción. Además, de esta función se puede derivar una muy importante que es la estadística, siendo uno de los pocos organismos públicos en mostrar datos acerca de la infancia y **(v) Funciones tutelares:** por último, debe cumplir un rol tutelar, hacia la niñez considerando su interés superior, por lo que según el artículo 4º de la ley de adopción se podrá hacer parte en todos los asuntos que regula la ley, en defensa de los derechos del niño.

5.2. Organismos Acreditados

Como señalamos, los organismos acreditados son agentes privados que pueden incidir en materia de adopción, pero deben ser fiscalizados por el SENAME. Según el artículo 6º de la ley de adopción, “*la acreditación se puede otorgar únicamente a las corporaciones o fundaciones, esto es a personas jurídicas de derecho privado que no persigan fines de lucro y siempre que dentro de su objeto contemplen la asistencia o protección de menores y que, además demuestre competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción y*

⁹¹ Art. 16, Dto. 944, Ministerio de Justicia

sean dirigidas por personas idóneas⁹². Dentro de las funciones de estos organismos acreditados, además de la ejecución de los respectivos programas de adopción, está la de información mensual a la dirección nacional del SENAME de los números de personas postulantes a adoptar, y el número de niños, niñas o adolescente atendidos⁹³.

5.3. Programas de Adopción

Según el artículo 7º de la ley sobre adopción, un programa de adopción es “*el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable*”⁹⁴. Los programas de adopción dicen relación con los tres actores del proceso de adopción: el niño/a que requiere una medida de adopción, su familia de origen y los padres adoptivos. El título III del reglamento regula los programas de adopción, replicando en su artículo 6º la definición dada por la ley y especificando los contenidos de los programas, que se transcriben a continuación.

- a) **Apoyo y orientación a la familia de origen del NNA.** Dice relación fundamentalmente con constatar si la familia de origen puede procurarle al niño los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo, tratando que se cumpla el principio de subsidiariedad de la adopción. También educar sobre los efectos de la adopción, en el caso de adopción por entrega, e instruir a la familia de origen de la búsqueda que puede emprender el niño respecto a ellos cuando éste cumpla su mayoría de edad. El problema es que, en la práctica, como lo veremos en los próximos capítulos, este es uno de los programas que menos se realizan y destinan recursos, siendo que debería ser la prioridad.
- b) **Recepción y cuidado del NNA.** La tesista Jacqueline Fuentealba resume este programa como aquel que “otorga atención integral al niño/a que requiere de una familia adoptiva, procurando una adecuada atención de sus necesidades básicas, diagnóstico biopsicosocial y legal, y tramitación judicial de la susceptibilidad de adopción”⁹⁵. El artículo 9º del reglamento, señala que para estos efectos se debe reunir una información completa del niño con el efecto que si se determina que necesita una familia adoptiva se seleccione aquella que responda adecuadamente a sus características y necesidades.
- c) **Evaluación técnica de los solicitantes desde el punto de vista físico, mental, psicológico y moral.** El artículo 11 del reglamento especifica los documentos, certificados,

⁹² Art. 6, inc.2ª, Ley 19.620

⁹³ Art. 19 Dto. 944 del 18.03.2000

⁹⁴ Art. 7, Ley 19.620

⁹⁵ FUENTALBA (2009) p.35

informes a solicitar para realizar una completa evaluación, luego los solicitantes calificados como idóneos pueden formar parte del registro de personas interesadas en adoptar.

- d) **Certificación de la idoneidad de los postulantes.** Una vez aprobada la evaluación de la letra anterior se debe certificar tal idoneidad para cumplir lo solicitado en la ley de adopción en el artículo 23 n°3.
- e) **Preparación de los postulantes como padres adoptivos.** Comprenden capacitación y asesoría a los postulantes que les permitan ejercer la paternidad adoptiva, anterior y posterior al proceso de adopción.
- f) **Propuesta de los postulantes al Tribunal competente y gestiones vinculadas al encuentro de aquellos que hayan sido seleccionados por éste como alternativa de familia con el niño de quien se trate.**
- g) **Seguimiento del caso y asesoría a la familia adoptiva cuando lo requiera.** En la opinión de Corral “Entendemos que “el caso” comprende el trámite de declaración de adoptabilidad, el proceso de adopción y el cumplimiento de la sentencia, y además la inserción del niño en el hogar que lo ha recibido por un tiempo razonable (seis meses a un año)”⁹⁶. En el caso de las adopciones internacionales el seguimiento es obligatorio por lo dispuesto en el artículo 9º de la Convención de La Haya sobre la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.
- h) **Asesoría y apoyo al adoptado que desee conocer antecedentes de su familia de origen;** Respecto a esto el SENAME y organismos acreditados pueden brindar apoyo y asesoría a los adoptados, adoptantes y descendientes o ascendientes de estos dos que desean iniciar el proceso de búsqueda de sus orígenes para hacer cumplimiento al derecho de la verdad biológica.
- i) **Cualquiera otra actividad relacionada con los objetivos del organismo que desarrolle el aludido programa, previa autorización de la entidad acreditadora.** Por último, el artículo 6º del reglamento deja abierta la posibilidad de incluir nuevos programas de adopción con aprobación del SENAME.

⁹⁶ CORRAL (2002) p.116

CAPÍTULO II: Inhabilidad Parental por Pobreza.

¿Discriminación Arbitraria?

1. INHABILIDAD PARENTAL

1.1. Marco Legal

La ley N° 19.620, en su artículo 12, señala las causales de procedencia de la declaración judicial para la susceptibilidad de la adopción del NNA, es decir, adopción por desamparo. La primera causal señala: “(Cuando los padres o las personas que tienen en su cuidado al menor de edad) se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil”⁹⁷. Por lo tanto, establece la **inhabilidad física o moral** de los padres, el cual ha mutuado hacia el concepto de **inhabilidad parental**.

Respecto al cambio de expresiones, se ha dicho que existe un “desplazamiento en el lenguaje, que hasta la fecha no tiene origen precisado o determinado, pero que señala una necesidad de los distintos actores involucrados de salir de un ámbito aún más indefinido y oscuro como lo es el ámbito moral”⁹⁸. La mudanza de términos obedece a fines prácticos; poder establecer parámetros con alguna expectativa de medición. En otras palabras, permite al juez tener acreditado que el sujeto no posee las capacidades y competencias para ser padre o madre, y no que es moralmente incorrecto. Lo relevante, es que no por fines prácticos se puede justificar el alejamiento de la definición legal actual. Si miramos la historia de la ley N° 19.620, este término no se utiliza en el proyecto inicial, sino que se modifica en el segundo trámite constitucional en el Senado. Decidiendo refundir en un solo numerando, bajo el concepto de inhabilidad física o moral, las causales de autoridad de forma abusiva e inhabilidad de los padres.

Dejando esa discusión de lado, volvamos a la regulación legal de la letra a) del artículo 12 de la ley N° 19.620. El juez, entonces, para que un niño, niña o adolescente sea declarado como susceptible de ser adoptado, por esta causal, tiene que adquirir la convicción de que los

⁹⁷ Art.12 N°1), Ley 19.620

⁹⁸ Fundación San Carlos de Maipo (2011) p.23.

padres, o las personas que tengan su cuidado, se encuentran inhabilitados para asumir responsablemente el cuidado del NNA, se haya presentado o no oposición de los padres. Esto nos diferencia con el derecho comparado, debido a que, como explica el informe ejecutivo de la Fundación San Carlos de Maipo, en otros países, particularmente países de Europa como España y Francia, la adopción no se realiza con oposición de los padres a pesar de que su legislación sí lo permitiría.⁹⁹

El artículo 12 de la ley N° 19.620 hace referencia, al artículo 226 del Código Civil, que señala que el juez puede confiar el cuidado personal del menor, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, a otra persona o personas competentes. En esta elección de personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, en especial los ascendientes, al cónyuge o conviviente civil del padre o madre, pero no obsta para que se elija otras personas que tengan una relación afectiva con el NNA. Esta norma es congruente con el artículo 74 de la ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia que consigna *“sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada”*¹⁰⁰. Al contrario, el artículo 41 de la ley N° 16.618, parece no ser congruente con los dos preceptos mencionados anteriormente, pues dispone que a falta de ascendientes legítimos y de consanguíneos el juez deberá conceder la tuición del NNA a una institución de protección de menores.

¿Cuál de estas normas se debería preferir? Debido al respeto del derecho a la vida familiar, estimo que se deben preferir las primeras dos normas a esta última, porque se debe hacer lo posible para que el niño goce de su derecho de vivir en familia y no sea separado de esta al menos que sea la última solución posible. El problema es que, en la práctica judicial (como lo veremos en el próximo capítulo), los establecimientos de protección se tienen como solución preferente.

⁹⁹ Fundación San Carlos de Maipo (2011) p.9

¹⁰⁰ Art. 74, Ley 19.968

Entonces, este artículo del Código Civil no aclara el concepto de la inhabilidad física o moral, por lo que tal referencia del artículo 12 de la ley sobre adopción la debemos entender vinculada al artículo 42 de la Ley de Menores N° 16.618 y que a continuación se transcribe.

“Artículo 42° Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo:

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”¹⁰¹.

De una mera lectura de las causales del artículo 42, podemos encontrar que muchas de ellas son muy amplias, vagas y requieren un trabajo interpretativo para darles contenido. El problema es aún más grave cuando se constata, en el análisis estadístico, que las causales con términos indefinidos corresponden a la mayoría de los casos.¹⁰²

Se ha estimado, por parte de la doctrina¹⁰³, que aun cuando ni el artículo 12 de la ley de adopción ni el artículo 42 de la ley de menores lo señalan, se debe entender que las inhabilidades deben ser **graves y permanentes**, por el principio del interés superior del niño y la prioridad de la familia de origen. Por graves, nos referimos que cause un daño significativo al NNA o lo ponga en serio peligro de recibir este daño. Y por permanentes, que sea una situación reiterada en el tiempo. En el proyecto de la ley N° 19.620, se incluía la expresión “se encontraren grave y permanentemente inhabilitados para ejercer su cuidado”. Sin embargo, “en el proceso legislativo se suprimió la exigencia de que la inhabilidad fuera grave y

¹⁰¹ Art. 42, Ley 16.618

¹⁰² Ver párrafo 3.3

¹⁰³ CORRAL (2002), CAJ (2011)

permanente, para evitar las dificultades de interpretación que estas palabras podrían ocasionar. A nuestro juicio hubiera sido aconsejable mantener esas expresiones, ya que clarificaban que la adoptabilidad no podía proceder por una inhabilidad meramente transitoria o temporal”¹⁰⁴.

Cabe destacar, asimismo, que la aplicación de las causales nunca puede obedecer a un ejercicio mecánico ni siquiera en los casos que la determinación es fácil y determinable cuantitativamente, porque lo que siempre debe primar en estos procedimientos, es el interés superior del niño. A modo de ejemplo, un padre puede ser discapacitado intelectualmente pero aun así tener habilidades para ser padre, y ser aconsejable según el interés superior de tal niño, niña o adolescente que permanezca bajo su cuidado.

A continuación, se examinará en detalle la configuración de cada causal.

a) **“Incapacidad Mental”**

El abogado Frederik Ulriksen señala que esta causal se refiere a “toda alteración mental que sufren los padres”¹⁰⁵. No obstante, se ha afirmado por parte del profesor Carlos López que “la alteración mental o trastorno psíquico de que se trate debe ser de tal magnitud que afecte la capacidad del respectivo padre o madre para ejercer responsablemente la tuición”¹⁰⁶. Es decir, el solo hecho de que el progenitor necesite tratamiento psicoterapéutico o psiquiátrico, no es suficiente para que la causal se configure, porque esta situación debe incapacitarlo para ejercer sus funciones parentales. Me encuentro de acuerdo con este segundo autor debido que la inhabilidad siempre se debe juzgar en función de las capacidades parentales.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 23 asegura a estas personas el respeto del hogar y la familia. Instando a los Estados Partes a prestar la asistencia apropiada para que las personas con discapacidad puedan desempeñarse responsablemente en la crianza de sus hijos, agregando el n°5 “En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”¹⁰⁷. Por lo que, a la luz de esta convención, la cual Chile la

¹⁰⁴ CORRAL (2002) p.87

¹⁰⁵ ULRIKSEN (2003) p.351, 352

¹⁰⁶ LOPEZ (2005) p.162

¹⁰⁷ Art. 23.5 Dto. 201, 17.09.2008.

ha ratificado el 25 de agosto de 2008, sería improcedente la aplicación de esta causal para declarar la susceptibilidad de adopción del NNA.

b) **“Alcoholismo Crónico”**

En primer lugar, remarcar que no se refiere a cualquier alcoholismo, sino que éste debe ser crónico, siendo una causal que puede ser medible y determinada debido a que el alcoholismo crónico es una enfermedad con una clara caracterización. La Organización Mundial de la Salud (OMS), en su glosario de términos sobre alcohol y drogas, define a esta enfermedad como “consumo crónico y continuado o consumo periódico de alcohol que se caracteriza por un deterioro del control sobre la bebida, episodios frecuentes de intoxicación y obsesión por el alcohol y su consumo a pesar de sus consecuencias adversas”¹⁰⁸. Definición que es relevante, considerando el artículo 21 del Código Civil sobre interpretación de la ley¹⁰⁹, por ser una “palabra técnica”.

La justificación de esta causal encuentra su explicación en que “el alcoholismo crónico es una enfermedad con un nocivo efecto multiplicador dentro de la familia, ya que los efectos del alcoholismo no se radican solamente en quien la padece”¹¹⁰. En otras palabras, el progenitor, al consumir periódicamente alcohol, descuida sus labores como padre o madre y a la vez genera un ambiente no propicio para el desarrollo sano del NNA.

c) **“Descuido”**

Hace referencia a que las personas que tienen a cargo el cuidado personal del NNA no velaren por su crianza, cuidado personal o educación, por lo que implica una omisión. Se ha dicho por López que, “el descuido es una forma de abandono, entendida esta última como aquella falta de dedicación de los padres en proveer de los elementos indispensables que permitan a los menores tener un desarrollo normal, tanto físico como psicológico, pero ambas

¹⁰⁸ OMS (1994) p.15, 16.

¹⁰⁹ Art. 21. *Código Civil. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*

¹¹⁰ LOPEZ (2005) p.163

quedan comprendidas en esta causal”¹¹¹. Acercándose esta causal, de algún modo, con la del artículo 12 n°2 de la ley sobre adopción, la llamada adopción por abandono.

Ulriksen considera que para que esta causal se configure, las personas a quienes se le está imputando deben concurrir en un descuido en todos los ítems del numeral, siendo requisitos copulativos¹¹². Sin embargo, otros autores, como Carlos López, piensan que, al utilizar la ley la conjunción “o”, bastaría sólo el descuido en uno de estos ítems¹¹³.

En adición a lo mencionado, en sede penal el artículo 494 n°15 del Código Penal chileno establece una falta similar a esta causal. “*Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 15° Los padres de familia o los que legalmente hagan sus veces que abandonen a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades*”¹¹⁴. Por lo que si se condena por esta falta al padre o madre se puede tener como antecedente para acreditar esta causal.

d) “Consentimiento que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio”

Carlos López señala que esta es una forma específica de descuido, es decir, de la causal anterior¹¹⁵. Sin embargo, me encuentro en desacuerdo ya que en este caso se configura el consentimiento de los padres, no la mera omisión, pero claramente este consentimiento no es necesario que sea expreso, sino que también puede ser tácito.

Por vagancia, se comprende que el NNA deambule en espacios público sin actividad ni a pretexto de trabajo. Mientras que, por mendicidad “entendemos la actividad del menor en orden a obtener su sustento, sea el suyo propio o también el de su familia, apelando a la caridad de las personas”¹¹⁶. Respecto a la profesión u oficio del NNA, las normas laborales

¹¹¹ *Ibíd.* p.160, 161

¹¹² ULRIKSEN (2003) p.351

¹¹³ LOPEZ (2005) p.160

¹¹⁴ Art. 494 n° 15 Código Penal

¹¹⁵ LOPEZ (2005) p.161

¹¹⁶ *Ibíd.* p.164

permiten el trabajo infantil con algunos requisitos, establecido en el artículo 13 del Código del Trabajo, por lo que si se cumple con estos requisitos no se está dentro de esta causal.

La justificación de esta causal puede ser encontrada en el peligro a que se expondría el NNA. “Creemos que el legislador tuvo en mente esta causal dado que esta falta de diligencia de los padres puede dar lugar a que el menor tome contacto con drogas, alcohol, delincuencia, lo que en definitiva tendrá repercusión en el orden social”¹¹⁷.

e) **“Condena por Secuestro o Abandono de Menores”**

Esta causal, por aplicación del principio de presunción de la inocencia, requiere la condena de la madre o el padre por alguno de estos delitos. Como la ley no distingue, esta condena puede ser en cualquier tipo de responsabilidad respecto de la persona, tanto autores, coautores, cómplices o encubridores.

El delito de secuestro se encuentra tipificado en el artículo 141 del Código Penal chileno, como *“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad”*¹¹⁸. Por su parte, los delitos de abandono de niños se encuentran establecidos en el párrafo II del título séptimo del libro segundo del Código Penal chileno “Abandono de Niños y Personas Desvalidas” desde el artículo 346 al 351.

Ulriksen cree que un padre que cometa cualquier delito que “merezca pena aflictiva debiera ser motivo suficiente para sacar el menor de su cuidado”¹¹⁹. Me encuentro totalmente en desacuerdo con esto, debido a que amplía la causal legal y desvía totalmente de su finalidad. La causal está establecida en razón al tipo y no en razón a la pena, los mencionados delitos son los que a los ojos del legislador son contrarios a las funciones de padre o madre responsable. Más aún, cabe recordar que la inhabilidad parental debe ser imputable al padre o la madre, por lo que no cabe la creación de una causal, si obedece a una causal justificada como estar cumpliendo una pena privativa de libertad.

¹¹⁷ BARRIA (2015) p.17

¹¹⁸ Art. 141 inc.1º Código Penal

¹¹⁹ ULRIKSEN (2003) p.351

f) **“Maltrato, malos ejemplos o la permanencia del NNA en el hogar constituyere un peligro para su moralidad”**

Esta causal regula tres hipótesis bastante diferentes en cuanto a su gravedad y tipicidad, que son el maltrato, los malos ejemplos y el peligro a la moralidad.

Acerca del primero, el profesor López señala que “el maltrato es un concepto amplio, que engloba el castigo físico y psicológico, así como el abandono y el descuido. Sin embargo, para efectos legales se distinguieron las diferentes hipótesis señaladas, regulándolas específicamente en otros numerales.”¹²⁰ Por lo tanto, esta causal sólo hace referencia a la primera conducta descrita, el castigo físico o psicológico, esto es una acción positiva, ya que el abandono y el descuido están configuradas en causales anteriores.

Esta hipótesis tiene relación, además, con la ley de violencia intrafamiliar N° 20.066, que define violencia intrafamiliar en *“todo maltrato que afecte la vida o la integridad física”* de aquel que tenga una relación de parentesco o convivencia incluyendo claramente a los NNA. Por su parte, el Código Penal, con su nueva modificación de la ley n° 21.013, tipifica en su artículo 403 bis¹²¹ el maltrato relevante a un menor de edad. Por consiguiente, una condena, en sede penal, de alguno de estos delitos, serían antecedentes para la configuración de esta causal.

Respecto a los “malos ejemplos”, “hace alusión a actos de los padres que generan especial influencia en la personalidad del niño, que en definitiva ofenden la moral pública y las buenas costumbres”¹²². Pero, al ser un concepto tan indefinido la jurisprudencia lo ha dotado de diversos significados. A modo de ejemplo, conviene convocar una célebre sentencia de la Corte de Apelaciones, del año 1989, que consideraba malos ejemplos el sólo hecho de que la madre conviviera con una pareja que no era su cónyuge.¹²³ Lo mismo pasa con la última hipótesis, el profesor Fuchslocher considera la permanencia del hogar constituye un peligro para la moralidad del NNA cuando existe en este “tratos groseros de palabras soeces e impropias”¹²⁴

¹²⁰ LOPEZ (2005) p.162

¹²¹ Art. 403 bis, Código Penal

¹²² BARRIA (2015) p.18

¹²³ RDJ (1989) tomo lxxxvi sección ii, p. 30

¹²⁴ FUCHSLOCHER (1965) p.334

g) “Cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”

La última causal funciona como regla de clausura, para todos los casos que no pudieron ser previstos por el legislador. El problema es que, al ser tan amplia y abierta, prácticamente invalida a las demás. El juez debe ser particularmente cuidadoso al aplicar esta causal y considerar que está decretando una medida de separación del NNA y su posterior adoptabilidad. Por consiguiente, tiene que aplicar el principio de la subsidiariedad de la adopción y decretar la inhabilidad sólo cuando esta sea insalvable, grave y permanente.

Considero que en ningún caso se puede utilizar dentro de esta causal, una causa sin todos los requisitos para configurar una de las causales anteriores. Por ejemplo, una ingesta de alcohol social por parte de los padres, que en ningún caso se puede calificar dentro de la causal de alcoholismo crónico, tampoco se podría configurar dentro de esta causal. Del mismo modo, tampoco cabrían causales que se alejan del espíritu de la ley, por ejemplo, la pediculosis o la circunstancia de que los niños vayan sucios al colegio, que además se alejan de la gravedad. Lo alarmante, es que todos los ejemplos dados aquí son causales que sí se han invocados por tribunales, que se analizarán en detalle en el próximo capítulo. Por otro lado, sí considero que en esta causal se podrían colocar casos que tengan relación con delitos sexuales, por ejemplo, violación, estupro o abuso sexual, que por su gravedad debería tener una regulación especializada, dentro de los numerales anteriores, pero que al no tenerla en la actualidad se podría justificar dentro de esta causal.

Al observar la amplitud de este concepto, se ha denominado a la inhabilidad parental como “un bolsillo de payaso”, esto es, un concepto tan vasto que puede haber de todo. Adicionalmente, se puede criticar que estas causales están totalmente desactualizadas y no son conforme a los principios establecidos en la CIDN, considerando que el artículo se identifica plenamente con las causales de inhabilidad física o moral establecidas en la anterior ley de menores N° 4.447, de 1929, en su artículo 22, o sea, 71 años anteriores a la ratificación de la CIDN.

1.2. Construcción del Concepto

Ahora, nos plantearemos la búsqueda de una definición para el concepto de inhabilidad parental, que no tiene definición legal, el cual se aplica sobre el cuidado personal del NNA.

1.2.1. Cuidado Personal

No existe una definición legal del cuidado personal en nuestro ordenamiento jurídico, sino que sólo se establecen reglas de los titulares, en los artículos 224 a 227 del Código Civil. El principio rector es el de corresponsabilidad parental, por consiguiente, por regla general, el cuidado personal le toca de consuno a los padres.

Carlos López define al cuidado personal como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas en la ley o por el juez, respecto al cuidado personal, crianza y educación de los hijos”¹²⁵, que es muy similar a la definición otorgada por Fuchslocher y Ulriksen. En el mismo sentido Irma Bavestrello lo define como “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”¹²⁶. Por último, Schmidt y Velozo lo definen como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía”¹²⁷.

Por lo tanto, podemos desprender que la doctrina concede en el concepto del cuidado personal las siguientes características: **(i)** encuentra su origen en el vínculo de filiación; **(ii)** posee una doble dimensión, el de ser un derecho-deber para los padres respecto de sus hijos, es decir, actúa como una carga, se tiene el deber de brindarle ciertos recursos al hijo para su desarrollo, para poder gozar el derecho de criarlos, y; **(iii)** comprende las áreas de educación, crianza y establecimiento.

1.2.2. Inhabilidad Parental

Primero, el concepto de “**parentalidad**” tiene una doble función. Por un lado, neutraliza el lenguaje, no diferenciando la maternidad respecto a la paternidad, sino que incluye el pensamiento que ambos padres poseen una función equivalente y pueden desarrollar las mismas prácticas de crianza en los hijos. Por otro lado, la diferencia del parentesco el cual es una categoría jurídica, que sólo remite al padre como el ascendiente directo de una persona,

¹²⁵ LOPEZ (2005) p.557

¹²⁶ BAVESTRELLO (2003) p.61

¹²⁷ SCHMIDT, C. y VELOSO, P. (2001) p. 273.

mientras que la parentalidad existe si se poseen determinadas competencias parentales, es decir, aquel que desempeña correctamente el papel de un padre o madre.¹²⁸

En un sentido formalista, se puede indicar que la inhabilidad parental permita privar del cuidado personal de los hijos en virtud de causales taxativas señaladas en la ley. Mientras que, en un sentido material, la tesisista Jacqueline Fuentealba, la define como “Incapacidad práctica de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, asegurándoles un sano desarrollo”¹²⁹. Por su parte, Corral señala que “se refiere a una falta de aptitud personal para hacerse cargo del cuidado del menor”¹³⁰. A su vez, las competencias parentales son definidas como “capacidades prácticas de los padres, para cuidar, proteger y educar a sus hijos, asegurándoles un desarrollo sano”¹³¹ o como, “aquel conjunto de capacidades que permiten a los padres afrontar de modo flexible y adaptativo la tarea vital de ser padres, de acuerdo con las necesidades evolutivas y educativas de los hijos e hijas y con los estándares considerados como aceptables por la sociedad”¹³². Podríamos sintetizar, entonces, que la inhabilidad parental es la falta de competencia parentales.

La inhabilidad parental, además de presentarse en temas de adopción también se utiliza en los procedimientos de protección de derechos de los NNA, por medio de medidas cautelares. Sin embargo, en estos dos procedimientos el concepto tiene diferencias fundamentales. Debido a que como lo señala el resumen ejecutivo sobre inhabilidad de la Fundación San Carlos de Maipo: “Mientras que en la protección se intenta saber las características del sistema y evaluar el mejor lugar para un niño amenazado en sus derechos, en la adopción lo que se quiere determinar es si los padres son o no inhábiles. En materias de protección el juez se pregunta acerca de si puede o no trabajar con la familia para proteger los derechos del niño, mientras que en adopción el juez se pregunta si se debe o no separar al niño de su familia de origen”¹³³. Entonces, la habilidad parental no sería antónimo de la inhabilidad parental, para este autor. Ya que la primera apunta, en el procedimiento de protección de derechos, conocer las competencias de los padres en ejercicio de la crianza, mientras que la inhabilidad parental, en el proceso previo a la adopción, apunta a fundamentar

¹²⁸ DOMÍNGUEZ, GRANADA (2012) p.459

¹²⁹ FUENTEALBA. (2009) p.33

¹³⁰ CORRAL (2002) p.149

¹³¹ MIDEPLAN (2009) p.45

¹³² Rodrigo et al. (2008) p.115

¹³³ Fundación San Carlos De Maipo (2011) p.24

la separación del niño con sus padres. Aquí hay un problema estructural de la legislación chilena ya que utiliza el mismo estándar, el de inhabilidad parental, en dos procesos con fines diversos.

Sobre el concepto jurisprudencial de inhabilidad parental, se ha dicho que, “la ley actual deja muchos flancos a libre interpretación del juez lo que genera una diversidad de criterios en torno a estas causas”¹³⁴. Por lo que, al no haber definición legal, ni causales definidas, cada juez entiende un concepto distinto acerca de la inhabilidad parental. Se concluye en el resumen ejecutivo de la Fundación San Carlos de Maipo que “la mayoría de los actores involucrados tienden a proponer una definición que se aparta o que, incluso, amplía la definición legal. En algunos ámbitos se aprecia que esta definición dependerá de convicciones y creencias, que en el caso de los jueces se ha calificado por aquellos “pro familia” y los otros “pro adopción”¹³⁵ Para tales autores, la inhabilidad parental siempre es un juicio interesado y dependerá en definitiva de la posición del juez, p teniendo en consideración que el estándar por el cual valorará la prueba, es el de la sana crítica.

Más aún, el informe de investigación de la comisión de familia para determinar responsabilidades en las denuncias sobre hechos ilícitos ocurridos en hogares del SENAME, concluye que “no existen criterios comunes entre los Magistrados de qué se entiende por grave vulneración de derecho y parámetros mínimos comunes para la internación de NNA, encontrándose ingresos a residencias por un sin fin de motivos como, por ejemplo, carencia de recursos materiales, mal comportamiento, problemas psiquiátricos, etc.”¹³⁶.

A fin de cuentas, el resumen ejecutivo de la Fundación San Carlos de Maipo recomienda abandonar este concepto en el marco jurídico chileno por ser un concepto que no se tiene una definición clara en la legislación chilena y porque tiende a olvidar el contexto de origen o la finalidad de tal, el cual es el maltrato o negligencia grave en los cuidados de un niño¹³⁷. Mientras, otra parte de la doctrina¹³⁸ señala que la solución no va por abandonar tal

¹³⁴ AGENDA IDEAP AIS (2013) p.4

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Informe Comisión de familia constituida en investigadora, p.40

¹³⁷ Fundación San Carlos de Maipo (2011) p.28

¹³⁸ UDP (2014)

acepción, sino que se debe dotar de contenido específico, a través de directrices transversales dirigidas a los jueces de familia.

Esta situación es asimilable con lo que sucede respecto al principio del interés superior del niño; concepto, como se señaló en el capítulo anterior, que es referido en variados tratados internacionales ratificados por Chile y en legislación interna, pero que ninguno de estos define. Por lo que la discusión ha estado concentrada en que, si este concepto es realmente útil o no, proponiendo, abandonarlo o, por otro lado, dotarlo contenido dogmáticamente y de qué forma.

El problema es, que la inhabilidad parental, al ser legalmente un límite al cuidado parental se debe necesariamente definir su ámbito de aplicación por ley. A diferencia del interés superior del niño que funciona como un principio rector, por lo que es admisible su aplicación abstracta o indefinida.

1.3. Forma de Evaluación y Prueba

En el proceso de susceptibilidad de la adopción, al igual que en el procedimiento de protección de derechos, el juez debe requerir informes para acreditar la causal respectiva que se alega, en este caso, la inhabilidad física o moral de los padres. El artículo 15 de la ley N° 19.620, consigna que el tribunal puede formarse convicción sobre la base de ese sólo informe, y en su ponderación considerar la opinión experta del consejo técnico, y; si no existe oposición, y cuenta con los medios de prueba necesarios dictará sentencia sobre esa base en la audiencia preparatoria. Por lo que este informe, como nos podemos dar cuenta, reviste una enorme importancia. Sin embargo, ni la ley ni el reglamento regula la forma ni estándar que se debe utilizar para realizarlo.

Este informe se realiza a través de una evaluación psicosocial del padre o madre. La ley sobre adopción, en su artículo 15, señala que los órganos encargados de evacuar y rendir este informe, son los organismos del artículo 6º, es decir, el Servicio Nacional de Menores (SENAME) o los órganos acreditados por éste, Además, puede ser efectuada por los organismos especializados en la materia: Programas de Fortalecimiento Familiar (PRF) y los Consultorios de Salud Mental (COSAM); como también hospitales públicos, Servicio Médico Legal y cualquier otra institución que cumpla con los estándares mínimos exigidos.¹³⁹

¹³⁹ CAJ (2011). p.3

Tal multiplicidad de órganos busca dar facilidades a los involucrados, considerando que los padres se pueden encontrar en ciudades alejadas de las grandes urbes, donde no existen oficinas del SENAME, en miras a la celeridad del proceso y a no sobrecargar a un solo organismo con dicha evaluación. Sin embargo, esto es criticable ya que dichos organismos no pertenecen todos a un mismo órgano jerárquico, ni son fiscalizados por un mismo órgano y, por lo tanto, no obedecen necesariamente a los mismos criterios y estándares. Además, se presenta un conflicto de intereses, ya que el mismo servicio que puede solicitar la inhabilidad parental de los padres (SENAME y órganos acreditados por éste), es uno de aquellos que puede evaluar si los padres se encuentran o no en condiciones de ejercer su parentalidad. Siendo que el evaluador debería ser un perito imparcial, para respetar el principio de la bilateralidad de la audiencia y de la imparcialidad.

Respecto del estándar de evaluación, se hace referencia¹⁴⁰ a la “Guía de Valorización de Competencias Parentales, a través de la Observación Participante”¹⁴¹ del Dr. Jorge Barudy y la Dra. Maryorie Dantagnan, que señala como ámbitos mínimos que deben ser considerados para evaluar las competencias parentales: **(i) la capacidad de apego**, que se refiere a utilizar recursos emotivos y conductuales para generar vínculos estrechos y seguros con sus hijos; **(ii) la capacidad de empatía**, que dice relación de la capacidad de los padres de sintonizar con el mundo interno de sus hijos; **(iii) los modelos de crianza**, que son los procesos de aprendizaje que se generan con los hijos, vinculados a la protección y educación; y **(iv) el uso de los recursos comunitarios disponibles para la crianza**, que es la utilización de las redes de apoyo disponibles para satisfacer las necesidades del NNA. “Toda evaluación que determine competencias parentales debe contener a los menos, los puntos antes mencionados, de lo contrario los informes pueden ser objetados por los intervinientes del procedimiento por carecer de elementos esenciales que permitan determinar si una persona cuenta, o no, con las habilidades suficientes para asumir responsablemente el cuidado de su hijo/a”¹⁴². Es singular, como en esta materia un desarrollo doctrinal tiene tal fuerza en el sistema, llegando a ser, en la práctica, asimilable a una fuente normativa.

¹⁴⁰ CAJ (2011), MIDEPLAN (2009)

¹⁴¹ BARUDY (2005)

¹⁴² CAJ (2011). p.4

Más allá de qué estándar se utiliza o se debe utilizar, en la literatura. se señala¹⁴³ que los equipos psicosociales, formado por profesionales del área de la psicología y de las ciencias sociales, no tienen una formación específica para la medición de la inhabilidad parental. Entonces extraen estas capacidades de conocimientos generales de la evaluación psicológica y social.

1.4. Recuperabilidad Parental

Por último, generada la convicción en el juez que los padres son inhábiles parentalmente, nos preguntaremos ahora, si es posible que ese padre o madre vuelva a considerarse como capaz de tener el cuidado personal del NNA, superando los obstáculos y las carencias de las aptitudes parentales que el juez ha indicado. Este proceso se denomina la **recuperabilidad parental** y es definido, por las terapeutas Macarena Gore y Marcela Lara, como la “posibilidad de rescatar a los padres en relación a su ejercicio parental negligente, en donde la tarea del terapeuta radica en impulsar en estos padres un proceso de cambio que los (re)habilite para reparar los daños infligidos a sus hijos”¹⁴⁴.

El planteamiento de la recuperabilidad parental es de vital importancia cuando nos hacemos la pregunta sobre las responsabilidades. Si es sólo imputable a los mismos padres que estos no posean las capacidades para ser padres responsables o si también es responsabilidad del Estado, considerando que éste posee obligaciones de dar prioridad a la familia de origen y sólo proceder a la separación de la familia cuando sus inhabilidades sean insalvables.

El problema es que históricamente en Chile, la protección de la infancia ha estado ligado a una descalificación de la familia de origen¹⁴⁵. Esto es explicado por el abogado Francisco Estrada como la ilusión de la protección, en su dimensión procesal, debido a que se ha adoptado un sistema esencialmente judicial, modelo adversarial, siendo “que en materia proteccional ese modelo, casi por definición, no entrega ese producto de calidad para la toma de decisiones”¹⁴⁶. Ya que la familia no se mira como un elemento de trabajo sino como la única

¹⁴³ Fundación San Carlos De Maipo (2011) p.22

¹⁴⁴ GORE, LARA (2016) p.53

¹⁴⁵ SAN CARLOS DE MAIPO (2011)

¹⁴⁶ ESTRADA p.34

fuerza de vulneración de derechos de los NNA, llegando a la conclusión que se debe otorgar una medida de separación, sin pensar que esa sería una nueva fuente de vulneración más grave y permanente si se llega a conceder la susceptibilidad de la adopción. El sistema pone su foco en el NNA, y no en los padres que “por la evaluación y juicio crítico sobre sus actos, no han sido preocupación evidente ni explícita por parte de las instituciones concernidas”¹⁴⁷. Esto tiene, como consecuencia, que en el sistema hayan casi nulos intentos de programas efectivos que persigan solucionar el problema de la carencia de competencias parentales, atendiendo el fortalecimiento de la familia de origen. Esta afirmación se analizará con más detalle en el análisis estadístico y el análisis económico, posteriormente.

En cuanto a la oportunidad procesal que presenta la recuperabilidad parental en nuestro sistema encontramos: **(a)** En el procedimiento de protección de derechos, existe esa posibilidad limitadamente, el juez facultativamente puede conceder un plazo en donde se salven problemas puntuales considerados como vulneradores de derechos del NNA, sin embargo, usualmente este tiempo es relativamente corto, de difícil consecución si se poseen escasos recursos y existiendo mínimo apoyo de los órganos administrativos. **(b)** En cambio, en el proceso previo a la adopción, no existe tal posibilidad, debido a que el juicio se centra en determinar si los padres concurren en alguna de las causales para ser declarados como inhábiles parentales y sus hijos susceptibles de ser adoptado: “Las evaluaciones de las competencias parentales, no tiene como objetivo principal determinar la recuperabilidad de los padres en la materia y, por lo tanto, no se vincula a un trabajo de apoyo de sus capacidades, sino que se convierte en una medida estática y definitiva que justifica la separación definitiva de los padres”¹⁴⁸.

2. INHABILIDAD PARENTAL POR POBREZA

2.1. Parentalidad y Pobreza

El informe del centro de observación “Mide UC”, realiza una sistematización de los factores de riesgos que se asocian a la pérdida del cuidado de los NNA y, aunque aduce que

¹⁴⁷ SAN CARLOS DE MAIPO (2011) p.12

¹⁴⁸ SAN CARLOS DE MAIPO (2011) p.13

es una problemática compleja y multicausal reconoce, asimismo, a la pobreza como el factor con mayor consistencia y preocupación. “Se argumenta que la situación de pobreza afecta el riesgo de separación entre hijos/as y padres de manera directa e indirecta. Por un lado, los padres pueden decidir dejar a sus hijos en cuidados alternativos por no tener la capacidad económica para mantenerlos. Por otro lado, la pobreza se asocia a un número de factores que generan vulnerabilidad en las familias”¹⁴⁹. Estos factores de vulnerabilidad pasan por: la situación de marginalidad de acceso a educación, salud y vivienda; el debilitamiento de lazos familiares que puede generar la inestabilidad económica y el empuje a que los niños salgan al mercado laboral. En el mismo sentido, el Manual de Formación de Capacidades Parentales del MDS (ex MIDEPLAN) señala que, “si bien, no hay causalidad directa y temporal entre el grado de vulnerabilidad y pobreza, si es posible desde la estadística observar una correlación importante entre ingresos del hogar y estructura familiar”¹⁵⁰.

Si bien la pobreza no es un concepto con un significado único, para efectos de este ensayo, la vamos a entender en su dimensión de situación económica, según la definición de Spicker (2009), esto es, la experiencia general de vida con un nivel de ingresos y consumo menor al estándar considerado como el mínimo decente. Son tres los elementos claves en esta definición: **(i) nivel de vida; (ii) desigualdad, y; (iii) posición económica**¹⁵¹.

Entonces, existe una serie de desventajas y obstáculos para este grupo de personas para desarrollar su vida completamente y, por consiguiente, de desarrollar correctamente su capacidad parental debido a esta falta de recursos económicos. No obstante, debemos reconocer las tareas de los padres y madres, en situación de pobreza, de salir adelante a pesar de los escasos recursos, y buscar formas creativas para satisfacer las necesidades de sus hijos. Además, como hemos señalado, en el ejercicio de los roles de padre o madre, hay variadas competencias que escapan, y que poco tienen que ver, con los medios materiales que se posean.

Un concepto importante, en este contexto, es el de **resiliencia**, que es la actitud positiva de las personas de enfrentarse a la adversidad, superando sus propias condiciones de vulnerabilidad. A este respecto, Patricia Granada y Elsy Domínguez propenden a que debe haber un “cambio de perspectiva en los profesionales que se dedican a temas de intervención

¹⁴⁹ MIDEUC (2013) p.13

¹⁵⁰ MIDEPLAN (2009) p. 57

¹⁵¹ SPICKER (2009) p. 2-4

familiar y parental, al considerar que las familias que atraviesan situaciones problemáticas pueden también desplegar habilidades naturales que les permitan superarlas, lo que significa dejar atrás esa visión catastrófica de las familias denominadas disfuncionales, multiproblema o desestructuradas. Igualmente, destierra la idea de que las familias sanas están libres de problemas, cuando lo que caracteriza a estas no es la ausencia de problemas sino, más bien, su capacidad de superarlos y resolverlos”.¹⁵² Esto es importante, que no se ponga énfasis en la existencia de problemas, ya que en toda familia vamos a encontrarlos, el acento debe estar en el esfuerzo y la habilidad de hacer frente a estos obstáculos, es decir, en la capacidad de resiliencia de los padres.

2.2. La Creación de un Nuevo Concepto

Entenderemos el nuevo concepto de “**inhabilidad parental por pobreza**” como “la importancia de la condición socioeconómica de los padres y la familia de un niño a la hora de iniciar su institucionalización y luego declarar la susceptibilidad de adopción”¹⁵³, término acuñado por primera vez en el proyecto de ley del Boletín N° 9959-18 del 31 de marzo del 2015, titulado “Modifica la ley N°19.620, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en protección de la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella” y que luego fue utilizado en producciones periodísticas hemerográficas y documentales.

El proyecto de ley, en su primera parte de análisis y justificación señala “En las residencias visitadas en cada región, se encontraron niños y adolescentes ingresados al sistema residencial, no por razones de protección de derechos del niño de mayor envergadura que se vieses vulnerados al estar al cuidado de su familia biológica, sino simplemente por razón de carencias económicas”¹⁵⁴. Entonces, lo que se está tratando de graficar en esta primera parte es que existen NNA que entran al sistema de protección de derechos, para luego ser declarados susceptibles de ser adoptados, por el solo hecho de carecer de medios económicos.

La condición económica en el procedimiento previo de la adopción, la observaremos de modo directo e indirecto. Debido a que las causales por las cuales se le imputan a los

¹⁵² DOMINGUEZ, GRANADA (2012) p.469

¹⁵³ SALINAS; BUSTOS (2015) Revista YA. (Vol. 1644): p.25

¹⁵⁴ Boletín N°9959-18, Ingreso de proyecto (2015) p.8

padres para declarar sus faltas de capacidades para asumir debidamente el cuidado de sus hijos o hijas, son causales que son: inherentes a la condición de pobreza, derivan de la condición de pobreza o que trascienden a todos los sectores sociales, pero que por la condición de pobreza se enaltecen.

La misma ley sobre adopción, como señalamos en el capítulo anterior, declara en su artículo 12 *“No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor”*¹⁵⁵. Este precepto se encuentra referido es la llamada adopción por abandono (Artículo 12 n°2). Considero que al ser un principio, se debe aplicar de manera general, lo que implica que también se debe hacer aplicable a la causal del número 1, la inhabilidad física o moral de los padres, reparando que algunos de los casos del artículo 42 de la ley de menores se relacionan directamente con los medios económicos. Lo que se quiere decir es: “el hecho de que si bien de manera formal no hay ingresos por motivos de pobreza muchas veces detrás de conceptos como negligencia se esconde cierta penalización de la pobreza, cuestión que se advierte en que en los centros de residencia no existen niños ingresados por negligencia proveniente de familias de ingresos altos o que una cartografía de las localizaciones de la acción de SENAME especialmente de las Oficinas de Protección de Derechos (OPD) indica que el sistema de protección no contempla a las comunas más ricas del país, señales que indican que para el Estado la vulneración de derechos ocurriría solo en los sectores populares”¹⁵⁶.

Un inconveniente fuerte, que explica este hecho, es que socialmente, se tiene la idea de la vulneración como sinónimo de pobreza, siendo que, la vulnerabilidad es un concepto que trasciende a la pobreza. Puede existir vulneración de NNA en sectores que no carecen de recursos económicos, como puede haber niños de sectores pobres que no estén en una situación especial de vulnerabilidad. Esta idea de la asimilación de la vulneración con la pobreza opino que es consecuencia de la doctrina de la situación irregular, que en Chile todavía, lamentablemente, tiene mucha aplicación en nuestra legislación, a pesar de haber ratificado la CIDN.

¹⁵⁵ Art. 12 N°2 inc.2°, Ley 19.620

¹⁵⁶ CALQUIN (2017) p.6

2.3. Discriminación Arbitraria

El derecho de la igualdad ante la ley, que se encuentra consagrado en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República, como también en varios preceptos de carácter legal¹⁵⁷, imperan que todas las personas debemos ser tratadas como iguales ante la ley y proscriben la discriminación arbitraria, es decir, la diferenciación de una persona o grupo de personas careciendo de fundamentos o con fundamentos poco lógicos o coherentes.

Aún más, la Directriz N° 1 del 2010 de la Asamblea General de la ONU sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, señala que debe "ponerse especial empeño en la lucha contra la discriminación basada en cualquier condición del niño o de los padres, **en particular la pobreza**, el origen étnico, la religión, el sexo, la discapacidad mental o física, el VIH/SIDA u otras enfermedades graves, tanto físicas como mentales, el nacimiento fuera del matrimonio, **el estigma socioeconómico** y todas las demás condiciones y circunstancias que pueden dar lugar a la renuncia a la patria potestad, al abandono del niño y/o a la remoción de su guarda"¹⁵⁸

El sistema en su conjunto, legislación, decisiones judiciales, institución administrativa realiza una diferenciación en torno a la condición económica de los padres para declarar su inhabilidad parental y esta diferenciación no tiene ningún motivo plausible, toda vez que la cuestión sobre las capacidades para desarrollar un cuidado responsable en los hijos no tiene que ver con los elementos económicos que se posea. Por lo tanto, esto sería inconstitucional desde el punto de vista del derecho de la igualdad a la ley.

Más aún, en cuanto a responsabilidades, debemos preguntarnos nuevamente si es completa responsabilidad de los padres no poseer las competencias parentales necesarias según el juez, si no también, responsabilidad del Estado al permitir esta marginalización de un grupo, a través de la falta de oportunidades. Además, si se toma como solución a este problema la posibilidad de separación del NNA de sus familias, lejos de solucionarlo lo único que provoca es el incremento y continuación de la marginalización social tanto para la familia, como para el NNA.

¹⁵⁷ Vgr.: Art. 14 y 55 del Código Civil, Ley N° 20.609 "Establece Medidas contra la Discriminación"

¹⁵⁸ Asamblea General ONU Res. 64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños

Por último, hay que hacer la prevención de que con esto no se está señalando, por ningún motivo, que todas las causas de susceptibilidad de la adopción en familias de condiciones de pobreza se encuentran injustificadas. Debido a que en algunos casos sí existen situaciones de maltrato y vulneración grave y permanente a los derechos del NNA, que hace aconsejable, por el interés superior de éste, separarlo de la familia buscando a otra que pueda hacerse cargo de sus cuidados. El problema que se denuncia es que se dicten medidas de separación y posterior susceptibilidad de la adopción sólo por causas que, directa o indirectamente, relacionan a la pobreza, y que no constituyan un maltrato y vulneración grave y permanente de los derechos del NNA.

3. ANÁLISIS ESTADÍSTICO

3.1. Fuentes

En esta sección se tratará de acreditar las aseveraciones esgrimidas con datos cuantitativos. Tales datos han sido obtenidos mediante el análisis de: (i) Boletines Estadísticos de Niños/as y Adolescentes Trimestrales en materia de Adopción, que reproduce el Departamento de Adopción del SENAME, del año 2011 al 2014¹⁵⁹; (ii) anuarios Estadístico del SENAME del año 2011 a 2015; (iii) información de fuentes bibliográficas consultadas; (iv) anuarios informativos del poder judicial del año 2011 a 2016; (v) anuarios estadísticos del Ministerio de Justicia, sobre Justicia de Familia, del año 2011 al 2016.

Existe una obligación legal para los organismos acreditados, tanto nacionales como internacionales, de presentar anualmente a la Dirección Nacional del SENAME un informe estadístico de su gestión en el año¹⁶⁰. Además, el SENAME al ser un organismo público, se encuentra afecto al principio de publicidad y transparencia de sus actos¹⁶¹. Por último, el SENAME cuenta con una base de datos nacional denominada SENAINFO, al cual sólo tienen acceso usuarios autorizados, *“que contendrá, a lo menos, los datos de identificación de cada colaborador acreditado y los proyectos que ejecuta; los datos de los niños, niñas y adolescentes atendidos con toda la información relevante y relacionada con las actividades*

¹⁵⁹ No se han publicado por el SENAME boletines estadísticos en los años posteriores.

¹⁶⁰ Art. 19 y 25 bis del Dto. 944 del 18.03.2000

¹⁶¹ Art. 8º de la CPR y Ley N°. 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública

*desarrolladas en virtud de la ejecución de los convenios, atención otorgada a ellos y toda aquella necesaria para una correcta supervisión técnica y financiera*¹⁶².

Como críticas a los boletines informativos del SENAME podemos señalar que: **(i)** es información parcial, pues no considera todos los indicadores relevantes para un adecuado análisis, por ejemplo, no considera la condición económica de los NNA atendidos o factores de calidad de los programas; **(ii)** la información es confusa, pues divide categorías que no obedecen a objetivos lógicos, por ejemplo, en las causales de egreso del sistema de adopción hay dos categorías diferentes una llamada “Egreso por Decisión del Tribunal” y la otra, “Tribunal Decreta Egreso”; **(iii)** falta de calificación de la información, por ejemplo, en el anuario estadístico del SENAME del año 2013 no se contabilizó la mayoría de las causas iniciadas por los Organismos colaboradores, estimando por parte del SENAME que faltarían 137 NNA; **(iv)** falta de consistencia, se han utilizado patrones de calificación durante varios años y, de un año a otro se cambia esta calificación, lo que dificulta un análisis histórico, y; **(v)** no hay claridad que se refiere con ciertas etiquetas al no explicar muchas de ellas, por ejemplo, una de las causales de ingreso es “interacción conflictiva con la escuela”, pero no explica a qué se refiere con esto.

Por consiguiente, pienso que los boletines estadísticos no están a la altura de la información que se necesita para hacer un claro control público, haciendo difícil la tarea de esquematización y análisis de la información. Con consideración a tales limitantes, a continuación, se analizarán los datos a través de diversos indicadores.

¹⁶² Art. 58, Dto. 208 del 19.04.2007

3.2. Distribución por Causales de Ingreso, según Causas Invocadas en el Tribunal

Causal invocada por el Tribunal	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL	%
Cesión Normal (Art. 9)	132	146	100	95	91	564	14,5 %
Cesión en Vientre (Art. 10)	26	31	30	17	12	116	3 %
Inhabilidad (Art. 12 N° 1)	223	336	168	127	128	982	25,3 %
Abandono (Art. 12 N° 2)	34	14	7	4	7	66	1,7 %
Ánimo manifiesto (Art. 12 N° 3)	0	2	1	0	1	4	0,1 %
Inhabilidad y Abandono (Art. 12 N° 1 y N° 2)	512	156	134	108	128	1038	26,8 %
Inhabilidad y Ánimo Manifiesto (Art. 12 N° 1 y N° 3)	0	79	85	28	37	229	5,9 %
Abandono y Ánimo Manifiesto (12 N° 2 y N° 3)	0	13	5	1	2	21	0,5 %
Inhabilidad, Abandono y Ánimo Manifiesto (Art. 12 N° 1, 2 y 3)	0	265	243	157	194	859	22,1 %
TOTAL	927	1042	773	537	600	3879	100 %

Figura 1. (Anuarios Estadísticos SENAME 2011- 2015; Elaboración propia)

De acuerdo a la causal que invoca el tribunal para decretar la susceptibilidad de la adopción, podemos señalar: en primer lugar, la gran presencia que existe de la adopción por desamparo, artículo 8° c), en relación al artículo 12 de la ley sobre adopción, que constituye el 82,5%; en oposición a la adopción por entrega, artículo 8° a) en relación a los artículos 9° y 10° de la ley sobre adopción, lo cual representa el 17,5% restante. Que la adopción por desamparo sea la gran mayoría, constituye la **primera alarma** del problema denunciado, porque significa que como Estado se está fallando en la protección de la infancia y prevención de situaciones de vulneración.

La **segunda alarma**, es la gran presencia de la inhabilidad parental en el sistema, respecto de los casos de adopción por desamparo, aquellos que incluye la inhabilidad parental representa el 97%, del 82,5% referido anteriormente. En otras palabras, este concepto, el cual hemos señalado anteriormente como etéreo y vago, se encuentra presente en casi todos los casos de susceptibilidad de la adopción por desamparo. Se podría argumentar que esto se explica porque las causales del n° 2 y 3° del artículo 12 se pueden encontrar contenidas o relacionadas con la inhabilidad parental, por lo que para mayor fuerza del argumento se incluyen estas dentro de las causas de vulneración del NNA. Pero, aún la inhabilidad parental por sí sola, representa el 31% de los casos de adopción por desamparo, siendo la causal que representa mayor porcentaje.

Respecto a la no presencia en esta de adopción por integración, es decir, el artículo 8º b), en relación al artículo 11 de la Ley N° 19.620, no significa que ésta no se presente en la práctica, sino que como los NNA siguen siempre en cuidado de su familia ellos no entran a la red SENAME.

3.3. Distribución por Causales de Ingreso, según Calificación del SENAME

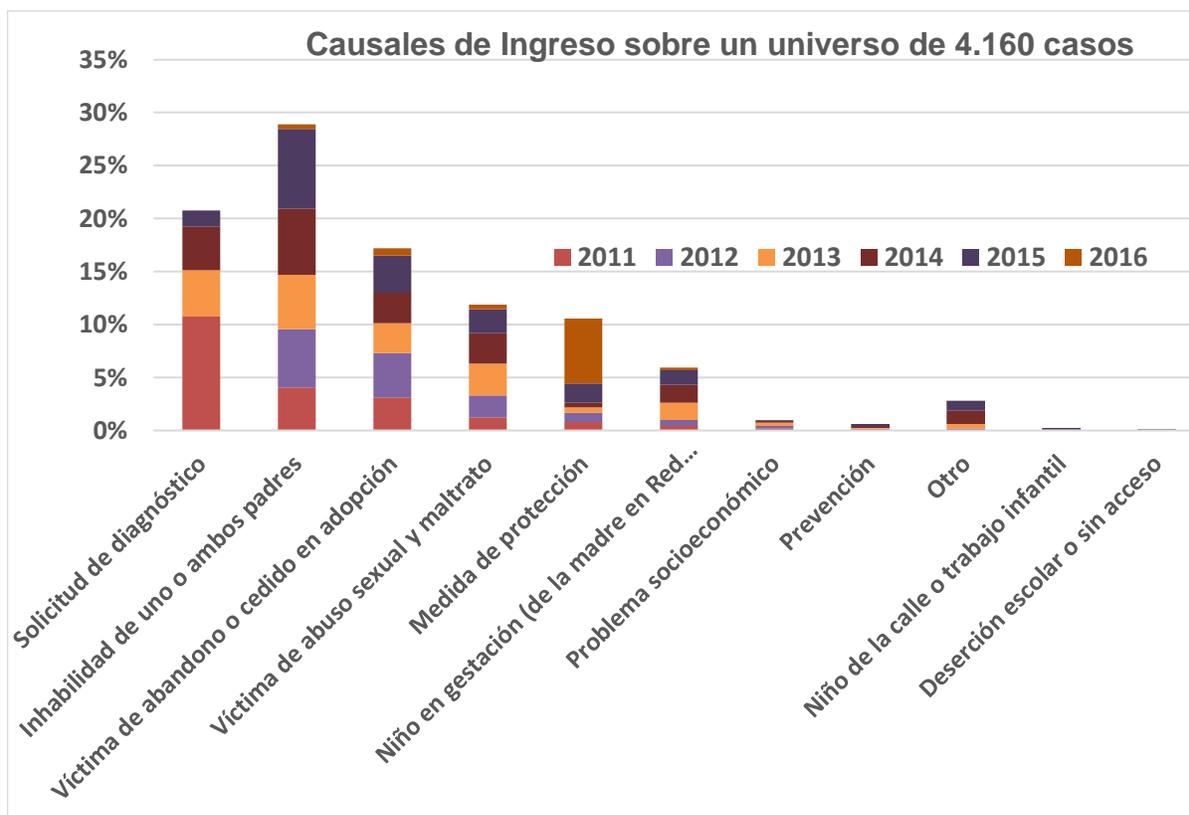


Figura 2. (Boletines Trimestrales SENAME – Área Adopción, 2011–2015; Informe Anual de Justicia 2011-2016; Elaboración Propia)

Lo que primero llama la atención es que muchas de las causales registradas en los boletines trimestrales, (los cuales se dejaron de realizar y publicar el tercer trimestre del año 2014), no corresponden a causales que se encuentren en la ley. Si bien algunos se pueden enmarcar en algún numeral, por ejemplo, “Niña o niño en la calle” se puede enmarcar en la

del artículo 12 n° 2 de la ley de adopción o en el artículo 42 n° 4 de la ley de menores; otras, difícilmente lo son, por ejemplo, “Interacción Conflictiva con Escuela”¹⁶³.

Lo segundo que llama la atención es que existan NNA (24 en total) que no registren causales de ingreso¹⁶⁴, lo que no debería pasar en ninguna circunstancia, debido a que se supone que el procedimiento de susceptibilidad de la adopción es un procedimiento especial de *última ratio* que tiene consecuencias gravosas como separar al niño de su familia privándolo del derecho de estar con su familia de origen, entonces, siempre debe existir una causa determinada. Además, existe una categoría con la etiqueta “otros” (116 en total), que también llama la atención, ya que no permite el real análisis y control público.

Por último, nuevamente a través de este gráfico podemos constatar la preponderancia de la inhabilidad parental en el sistema, correspondiendo al 29% del total.

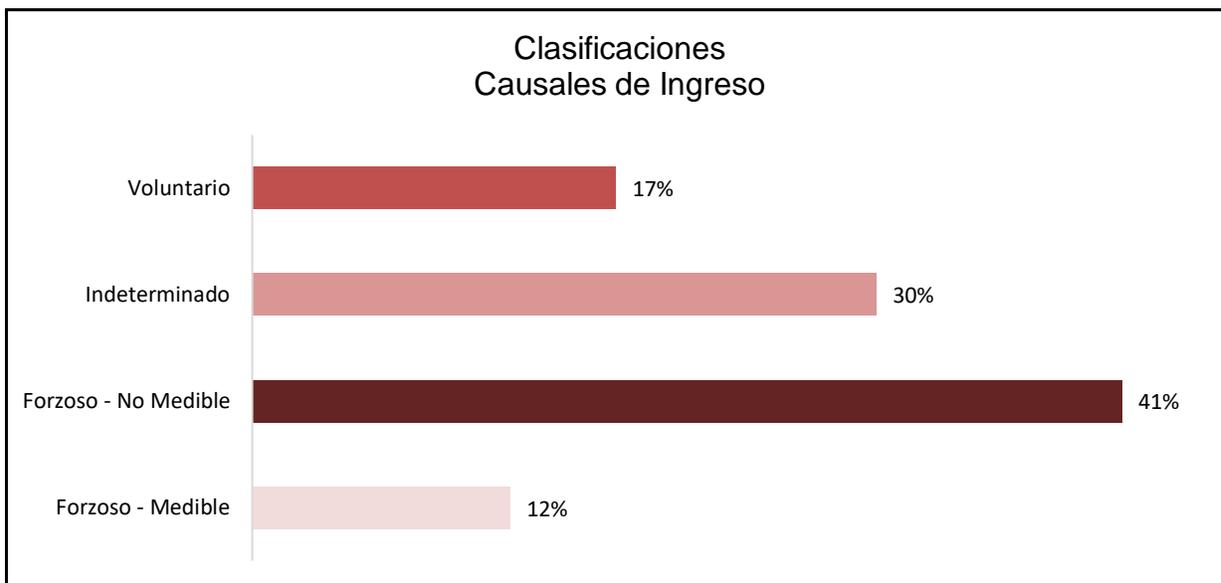


Figura 3. (Boletines Trimestrales SENAME – Área Adopción, 2011–2014; Informe Anual de Justicia, 2011-2016; Elaboración Propia)

Las causales se pueden clasificar en: (i) “**Voluntario**”, cuando la causal de ingreso, fuera enmarcable en la hipótesis de adopción por entrega (padre o madre ceden al niño para adopción, padres o adulto a cargo no pueden cuidar al niño(a) y padres o tutor se declaran incompetentes para cuidarlo); (ii) “**Forzoso**”, cuando la causal de ingreso no tenga que ver

¹⁶³ Boletines Trimestrales SENAME 2011-2014

¹⁶⁴ *Ibíd.*

con la voluntad de los padres o personas que tengan el cuidado del menor, es decir, se encuentra en la hipótesis de adopción por desamparo y; **(iii) “Indeterminado”**, cuando no se puede clasificar la causal en alguna de las categorías precedentes (niño en gestación (de la madre en red SENAME), otro y no registra causal de ingreso). A su vez las causales catalogadas como “Forzoso”, se puede subclasificar en: **(a) “No Medible”**, cuando ellas correspondían a conceptos no cuantificables, de poca definición y más bien abstractos (inhabilidad de uno o ambos padres, peligro material o moral del NNA, protección (sólo cuando no especifica materia), problema de vivienda, medida de juez para resolver sobre vida futura (artículo 234, inc. 3º cc), interacción conflictiva con los padres o adultos a cargo, interacción conflictiva con la escuela, solicitud del NNA), y; **(b) “Medible”**, cuando son casos definidos, de más fácil cuantificación y, por lo tanto, no existen criterios tan dispares entre los jueces (adolescente embarazada con intento de aborto, testigo de violencia intrafamiliar, NNA en la calle, abandono de hogar, deserción escolar).

Como se puede observar en la “figura 3”, los casos “Voluntarios”, se presenta en menor magnitud que las causales de ingresos que denominamos “Forzosos”, coincidiendo con el análisis anterior. Lo alarmante, además, es que dentro de los casos “Forzosos”, la gran mayoría son casos que los conceptos son vagos y abstractos, 77,4%, mientras que los términos medibles sólo corresponderían al 22,6%, restante, contrario a lo que comúnmente se pensaría. De más está señalar que este indicador en ningún caso evidencia que todas las causas de susceptibilidad de la adopción por causales no medibles son injustificadas, pero sí demuestra que se está haciendo una sobreutilización de criterios poco definidos para justificar una separación del NNA de su familia, donde al menos deberíamos ser cautelosos respecto a su justificación.

3.4. Calificación Socioeconómica de los NNA que Reciben Intervención por Medio de los Programas del SENAME

Este criterio, a pesar de ser relevante para el análisis de las causales de riesgo de los NNA que son declarados como susceptibles de ser adoptados, no se presentan en los anuarios estadísticos realizados por el SENAME. Por lo que debemos encontrarlo en trabajos bibliográficos que han abordado la temática.

El investigador Víctor Martínez, en su informe final de “Caracterización del perfil de niños, niñas y adolescentes, atendidos por los centros residenciales de SENAME” (2010), con una muestra de 10 centros residenciales de la Región Metropolitana y Bío Bío concluyó que el

69% de los/las NNA eran pobres y 17% eran indigentes, mientras que sólo un 14,4% no son pobres ni indigentes. Sin embargo, eso corresponde sólo al 59% de la población de muestra ya que el porcentaje restante no poseía su ficha CASEN vigente, por lo que no se puede saber su información¹⁶⁵. A su vez, el Informe Anual de Derechos Humanos realizado por la Universidad Diego Portales, (2014) arroja, a través de una solicitud de transparencia activa al SENAME, que el 38% de los NNA en residencias eran pobres no indigentes el 3%, indigentes mientras que el 32% no es pobre ni indigente, y el restante 27% no se sabe.¹⁶⁶ En tanto, Contreras et. al. en el Informe Final, Estudio de Caracterización del Vínculo Familia- Niñas, Niños y Adolescentes y de las Intervenciones de Fortalecimiento Familiar (2015), obtienen mediante los datos almacenados en la base de datos “SENAINFO” que, “al analizar la situación socioeconómica de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a CASEN vigente, el 43,3% vive en situación de pobreza, un 35% de los casos no cuenta con información para este dato y un 21,8% es considerado “No pobre”¹⁶⁷.

De los datos mostrados, si bien no puede haber una comparación minuciosa por la gran falta de datos y la disparidad de criterios entre los investigadores, sin embargo, se puede estar conteste de la gran preeminencia de NNA de los estratos más pobres. Lo que refleja la consideración de la pobreza como sinónimo de vulneración.

3.5. Oferta Programática de la Red SENAME

Por último, analizaremos la oferta programática de la red SENAME enfocándonos en aquellos programas que se encuentren orientados a la reinserción a la familia del NNA separado de su familia de origen, es decir, que se centre en la recuperabilidad parental. Los anuarios estadísticos sólo contienen una información cuantitativa acerca de estos programas, es decir, el número de atenciones que los diferentes programas han realizado anualmente, mas no existen estadísticas acerca de la calidad de estos programas, a pesar que sí existe obligación de hacer evaluación.¹⁶⁸

¹⁶⁵ MARTINEZ (2010) p.28

¹⁶⁶ UDP (2014) p.435

¹⁶⁷ CONTRERAS et. Al (2015) p.29

¹⁶⁸ Art. 36 y 37, Ley 20.032

El programa que reúne los objetivos señalados anteriormente es el **Programa de Reinserción y Fortalecimiento Familiar (PRF)**, que es definido por el artículo 4º de la ley N° 20.032 “*aquéllos destinados a afianzar la capacidad de los padres o de quienes puedan asumir responsablemente el cuidado personal del niño, niña o adolescente que se encuentre en un centro residencial para ejercer directamente dicho cuidado, propiciando su pronto egreso y su reinserción familiar*”¹⁶⁹ y cuyo objetivo general según sus bases técnicas es: “favorecer la reinserción familiar y socio-comunitaria de los niños/as y adolescentes que permanecen en centros residenciales, a través de un proceso de intervención técnica que desarrolle en sus familias o adultos responsables y en los propios niños/as, herramientas necesarias que les permitan responsabilizarse del cuidado, crianza y efectiva protección de sus derechos”¹⁷⁰. Por lo tanto, pretende realizar un trabajo con los niños y con su familia de origen, para fortalecer las competencias parentales que los padres tienen debilitadas. El año 2011 se realizaron 825 atenciones en el programa de fortalecimiento familiar, lo que representaba el 2,57 % de las atenciones en programas; mientras que el año 2012 se realizaron 196 atenciones, lo que corresponde a 0,12%. Este porcentaje siguió bajando para el año 2013, donde se atendieron 52 NNA bajo este programa, lo cual correspondió al 0,067% de las atenciones en programas de la red SENAME 2013 y fue el programa en ese año que menos se ejecutó. Esto, en circunstancia de que debería ser el programa con mayor protagonismo por estar acorde con el principio de subsidiariedad de la adopción y con lo declarado en el artículo 1º de la ley N° 19.620. Para el año 2014, este programa se eliminó y fue modificado a través del **Programa de Protección Especializado de Intervención Residencial (PER)**, que tiene objetivos más amplios que el programa anterior: “Profundizar y desarrollar los procesos de la intervención residencial asociada, a nivel individual y familiar, desde los tres ejes o componentes del programa especializado: psicosocioeducativo, terapéutico y familiar, contribuyendo al restablecimiento de los derechos vulnerados, especialmente el derecho a vivir en familia”¹⁷¹, y se ejecuta dentro de los centros residenciales, por lo que, no existen estadísticas del número de atenciones de este programa, ya que se circunscriben dentro de la atenciones de los centros de residencia.

¹⁶⁹ Art. 4º, Ley 20.032

¹⁷⁰ SENAME (2008) PRF p.4

¹⁷¹ SENAME (2014) PER p.3

Si bien hay que reconocer que otros programas también realizan un trabajo con la familia de origen como los programas de intervención especializada y el programa de prevención focalizada, ninguno de ellos tiene como foco central la reinserción del NNA separado de sus familias y la reconstrucción de habilidades y competencias parentales en los padres declarados con inhabilidad parental.

4. ANALISIS ECONÓMICO

En este apartado intentaremos dilucidar una de las raíces del problema identificado, que son de índole económico: la forma de financiamiento del sistema residencial, los recursos disponibles, la falta de fiscalización y el tratamiento de los NNA como objetos de mercado, que son problemas latentes en la institucionalidad chilena de adopción.

4.1. Formas de Financiamiento del Sistema de Adopción

Como señalamos en el capítulo anterior, los programas de adopción, en específico los centros residenciales, pueden ser ofrecidos de forma directa por el SENAME o por órganos colaboradores acreditados ante éste (OCAS), los que, a diferencia del SENAME, no son organismos públicos, sino que personas jurídicas privadas sin fines de lucro. En la práctica, sólo el 3,82% de las atenciones a NNA se hacen de forma directa por el SENAME, a través de sus “Centros de Reparación Especializada de Administración Directa” (CREAD); mientras que el restante 96,18%, de la oferta residencial son brindados por los OCAS y que son financiados a través de subvenciones entregadas por el Estado.¹⁷²

La forma de financiamiento del sistema de adopción de NNA se encuentra regulada por la Ley N° 20.032, “Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la red de Colaboradores del SENAME, y su Régimen de Subvención”. Como su artículo primero lo señala, esta ley tiene por objetivo determinar la forma y condiciones que el SENAME subvencionará a los OCAS, como también la forma en que este fiscalizará las labores realizada por los OCAS.

Los artículos 29 y 30 de la mencionada ley regulan la forma de pagar a los distintos organismos colaboradores, siendo el medio más utilizado la subvención por “niño atendido”.

¹⁷² SAFFIRIO (2017) p.3

Dentro de los cuales se comprenden los organismos que inciden en la separación del NNA de su familia: la Oficina de protección de derechos (OPD), el Programa de Familias de Acogida y el Sistema de Residencia, que presenta un sistema combinado

Existe en el sistema, entonces, un **problema de incentivos**. Un incentivo económico es el “estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos”¹⁷³. Por lo tanto, en este caso el incentivo que se está otorgando es atender la mayor cantidad de niños posible; no existe un interés en los operadores del sistema en desinstitucionalizar los niños porque su institucionalización significa mayores recursos del Estado.

Tampoco existe vinculación del pago al éxito del programa, sólo a la cantidad prestada. El único programa que tiene una vinculación con la calidad es el Programa de Fortalecimiento Familiar, que como señalamos anteriormente era uno de los programas que menos se ejecutaba y que desde el año 2014 ya no se contempla dentro de la oferta programática del SENAME.

4.2. Recursos Disponibles

En adición a que la forma de financiamiento no es la idónea, colocando incentivos donde no los debería haber, se ha dicho en la literatura¹⁷⁴, que los recursos asignados son insuficientes. La base de cálculo de la subvención es la llamada “Unidad de Subvención SENAME” (USS), que varía año a año, respecto al índice del precio del consumidor y su valor este año asciende a \$15.480 pesos¹⁷⁵. Luego es de público conocimiento que, en promedio, sin considerar los factores de complejidad, la subvención por niño en los sistemas residenciales es de aproximadamente \$209.000 pesos mensuales. En este sentido, Estrada realiza el mismo cálculo para el año 2015, donde este monto mensual era de \$196.000 pesos. “Consideremos un costo día de alimentación de \$4.000, un monto bajo; si contamos un desayuno, un almuerzo, una once comida o una merienda y una cena, el ítem alimentación suma \$120.000 y solo nos queda al mes un saldo de apenas \$72.000 para solventar gastos generales del inmueble habitación y el salario, mínimo muchas veces, de la o las cuidadoras”¹⁷⁶

¹⁷³ Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.aed.). Incentivo. [Fecha de Consulta: 10 de agosto 2017] Consultado en <<http://www.rae.es/rae.html>>

¹⁷⁴ ESTRADA (2015), CALQUIN (2017), UDP (2014), VENEGAS (2014)

¹⁷⁵ <http://www.sename.cl/web/unidades-de-subvencion-sename/>

¹⁷⁶ ESTRADA (2015) p.30

Por lo tanto, queda nulos recursos para hacer una búsqueda de las familias del niño, terapias de reinserción, etc.

El informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales del año 2014, señala que “el presupuesto cubre alrededor del 50% de los gastos de las residencias, lo que significa que muchos directores deben invertir parte importante de su tiempo en conseguir recursos a través de la buena voluntad de sus socios o colaboradores, en vez de dedicarlo a planificar una intervención enfocada en los derechos de NNA que se encuentran bajo su cuidado”¹⁷⁷. Es decir, según este estudio, incluso las residencias no se autoabastecen.

Por último, el informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, aduce que en el sistema de adopción existen recursos humanos insuficientes. “Se observó que el personal es insuficiente para la intervención psicosocial, lo que implica, en la práctica, que el trabajo que se puede realizar con los menores y sus familias no es suficiente, (...) se ha destacado que en Chile no existe un trabajo efectivo con la familia extensa. Las duplas psicosociales apenas dan abasto con el cuidado de los niños en las residencias y mal podrían hacer un trabajo efectivo con la familia”¹⁷⁸.

4.3. Falta de Fiscalización por parte del SENAME e Irregularidades Financieras

Por otro lado, se ha argumentado que el SENAME posee limitadas capacidades para fiscalizar que los OCAS realicen el programa que se les subvenciona y con regularidad. De hecho, el SENAME no tiene facultad para imponer sanciones o incentivos para controlar la actividad de éstas. Afectando esto en la regularidad financiera de los sostenedores de los centros residenciales, en otras palabras, no existe real control de que los organismos colaboradores correspondan verdaderamente a entidades sin fines de lucro.

“Hasta ahora la principal facultad que posee el SENAME en cuanto a control, es que éstas deben rendirle cuenta detallada del dinero que estos tienen a su disposición. (...) Aun así, estos dineros quedan a libre disposición de las OCAS, permitiendo que estas realicen inversiones en depósitos a plazo, lucrando con dichos fondos, y desestimulando la rápida reasignación e inversión de los recursos en los establecimientos y programas que ejecutan”¹⁷⁹. Contraloría General de la República, a través de múltiples auditorías en organismos

¹⁷⁷ UDP (2014) p.442, ESTRADA (2015) p. 30

¹⁷⁸ Informe Comisión de familia constituida en investigadora, p.40

¹⁷⁹ SAFFIRIO (2017) p.4

colaboradores del SENAME, de todas las regiones del país, ha encontrado variadas irregularidades en el manejo de los fondos estatales. A modo de ejemplo en el informe de investigación especial N° 420/2016, se concluye que la unidad regional del SENAME de la región de Tarapacá posee montos sin acreditar de un poco más de cinco millones de pesos chilenos.¹⁸⁰ De hecho, según el informe del diputado René Saffirio entregado a la comisión investigadora, el monto total de dinero no invertido en las OCAS asciende “de julio de 2015 a Julio del año 2016, se acumula un saldo casi de veinte mil millones de pesos que no fueron gastados por las OCAS”¹⁸¹.

4.4. Los NNA como Objetos de Mercado

El incentivo perverso comentado, lleva a tratar a los niños, niñas y adolescentes como objetos, fuente de financiamiento y no como verdaderos sujetos de derechos. “Así, el ejercicio de derechos como base de la política de infancia se vuelve algo puramente aritmético: cantidad de metas, de casos atendidos, de subvención recibida, de egresos, de internaciones, etc.”¹⁸². La mera lectura de los anuarios estadísticos pueden constatar esta realidad, donde lo que importa es la cantidad: tasa de enlaces adoptivos y adopciones que se realizan anualmente, la cantidad de programas, de NNA atendidos, etc. sin tener una mirada cualitativa del problema, por ejemplo, no hay ningún indicador en la calidad de vida que tienen los NNA dentro de los sistemas de residencia, de la calidad y efectividad de los programas, de los factores de riesgo que llevan a un niño ser declarado como susceptible de ser adoptado y más ningún indicador después de realizar la adopción.

Para finalizar, me gustaría presentar el trabajo del SENAME realizado en el año 2010, que consistió en la elaboración de una guía para padres que se tradujo al italiano¹⁸³ y al inglés, donde relata las características de los niños adoptados en Chile, que incluye las siguientes características; niños con apetito voraz, niños que no quieren salir a la calle, niños que evitan el contacto, niños que hacen pataletas, niños que esconden la comida, niños que mienten,

¹⁸⁰ Para más información revisar “Borrador Propuesta de Consenso” entregado por el diputado René Saffirio a la comisión de investigación de la cámara de diputados en:

<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=107314&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>>

¹⁸¹ SAFFIRIO (2017) p.4

¹⁸² CALQUIN (2017) p.5

¹⁸³ Italia es el país extranjero donde existe mayores enlaces adoptivos, según los anuarios estadísticos del SENAME

entre otros¹⁸⁴. Lo que nos hace preguntarnos, por qué necesitamos una guía que explique a los extranjeros cómo supuestamente son los niños chilenos, si lo importante es que los derechos de ese niño se vean satisfechos y no al revés, convirtiéndose esta guía en una “especie de manual de uso similar a cuando te entregan una lavadora”¹⁸⁵. Demostrando, una vez más, el tratamiento que hace el SENAME de los NNA como objetos de mercado.

Concluyendo, los factores económicos indicados potencian el problema denunciado, en este trabajo, de la diferenciación de las familias a las cuales se les inician causas de susceptibilidad de la adopción por causales meramente socioeconómicas.

¹⁸⁴ SENAME (2010)

¹⁸⁵ VENEGAS min.32

CAPÍTULO III: Jurisprudencia de una “Inhabilidad Parental por Pobreza”

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. Objetivo Específico

El propósito de este capítulo es estudiar si en casos judiciales de susceptibilidad de la adopción, existe o no una aplicación errónea de la Ley sobre Adopción de Menores. En el sentido de considerar los recursos económicos para otorgar tal susceptibilidad o de aplicar causales sobre inhabilidad parental que se escapan de los primeros seis numerales del artículo 42 de la Ley de Menores, cuestiones que nos hemos referido en los capítulos anteriores.

1.2. Metodología para la Selección de las Causas a Analizar

En este capítulo analizaremos cuatro casos judiciales atinentes al tenor del presente trabajo. La primera aproximación a los casos fue, a través de denuncias periodísticas de hechos de discriminación en razón de pobreza en procesos judiciales de susceptibilidad de la adopción, contrastando tales datos con motores de búsqueda de jurisprudencia, como Vlex, Microjuris y Jurischile.

Los rasgos comunes que presentan los casos son los siguientes:

- Las sentencias de susceptibilidad de la adopción quedaron firmes y ejecutoriadas en el mismo período que se hizo el análisis estadístico en el capítulo anterior, esto es, entre 2011 y 2016.
- Se aceptó la susceptibilidad de la adopción de los NNA en alguna de las instancias, por al menos la causal del artículo 12 n°1 de la Ley N° 19.620 (inhabilidad física y moral de los padres).
- Hubo oposición de la madre o de ambos padres del NNA a que se decretara la susceptibilidad de la adopción.
- Se llegó a segunda instancia, a través de recurso de apelación, o a la Excelentísima Corte Suprema, mediante recurso de casación en el fondo.
- Existe una condición de pobreza de la familia.

Las limitantes que surgieron para la ejecución del presente capítulo fueron las siguientes:

- El carácter de reservado de las sentencias de primera instancia, por lo tanto, sin poder tener acceso a ellas.
- Documentos en segunda instancia y en los recursos de casación en la Corte Suprema no se encuentran agregados, por tener igualmente el carácter de reservados.
- El acercamiento periodístico no aportaba datos para la individualización de las causas, por ejemplo, no se encontró el rol o en los que se encontró estaban reservados y no se encontraba dentro de los motores de búsqueda de jurisprudencia.

1.3. Estructura de Análisis

En primer lugar, se expone una ficha técnica de la causa de susceptibilidad de la adopción en primera y segunda instancia y recurso de casación, si corresponde. Se indica (i) el número de RIT o ROL, (ii) el tribunal que dicta la sentencia, (iii) la fecha de dictación, (iv) la materia que está conociendo y (v) la decisión.

En segundo lugar, se hace una revisión cronológica de los hechos relevantes al caso, indicando las especificaciones de las diversas causas con número del rol, fecha y tribunal. Si bien este capítulo se concentra en un análisis jurídico de las causas, esto es, la consideración de los fundamentos de hecho y de derecho dentro de las distintas actuaciones judiciales, también se consideró relevante la aportación de datos periodísticos conseguidos en diferentes medios de comunicación de nuestro país: diarios, revistas, reportajes televisivos, etc.; como también en diferentes declaraciones de los padres y madres afectados a través de las redes sociales.

En tercer lugar, se expone el razonamiento que tuvo la sentencia en sus diversas instancias o en sede de casación, para llegar a la decisión del fallo. Por último, se presenta el análisis del caso, clasificados en las diversas materias o problemáticas que se observan, basado en lo señalado en los capítulos anteriores.

2. CASO I: “LAS HERMANAS OLIVARES”

2.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción

PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		RECURSO DE CASACIÓN	
RIT	A-6-2011	ROL	(Familia) 180-2011	ROL	(Familia) 231-2012
TRIBUNAL	Juzgado de Familia de Puerto Varas	TRIBUNAL	Corte de Apelación de Puerto Montt	TRIBUNAL	Corte Suprema
FECHA	09/11/2011	FECHA	02/12/2011	FECHA	30/01/2012
MATERIA	Susceptibilidad de la adopción	MATERIA	Recurso de Apelación	MATERIA	Casación en el Fondo
DECISIÓN	Declara la susceptibilidad de la adopción	DECISIÓN	Confirma Sentencia	DECISIÓN	Rechaza por Manifiesta Falta de Fundamentos

2.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos

Vanessa Olivares Olivares es madre de tres niñas D.A.M.O, M.N.O.O y A.B.O.O, de actualmente (al año 2017) 15, 13 y 10 años de edad, respectivamente, residente de la comuna de Ancud.

En el año 2008, el hospital de Ancud da cuenta de un informe de falta de higiene de las niñas y falta de algunos controles médicos. Ese mismo año, el Juzgado de Familia de Ancud conoció de dos causas sobre **medidas de protección por vulneración de derechos** a favor de las tres niñas, **RIT: P-116-2008** y **RIT: P-143-2008**. Ellas se inician en virtud de un Informe de la asistente social del programa Chile Crece Contigo que tenía como fin dar cuenta de la situación socioeconómica de la Sra. Vanessa y su familia. En esta causa se aduce como argumentos de falta de capacidad parental de la madre: el alcoholismo que ella padecía, el hecho que haya fumado en el embarazo, disfuncionalidades graves en la familia, falta de higiene de ella y las niñas, presentando una de ellas asma y pediculosis, el hacinamiento y las malas condiciones de la vivienda y, por último, ciertas conductas psicológicas de la madre. El tribunal, finalmente, decide mantener el cuidado personal de las niñas con la madre por no encontrarse probada la vulneración de derechos. Pero, igualmente, ingresa a las niñas a controles psicosociales de las Oficinas de Protección de Derechos de Ancud (OPD).

El año siguiente, a requerimiento de la OPD de Ancud, se inicia una causa de **medidas de protección de derechos**, **RIT: P-63-2009**, ante el Juzgado de Familia de Ancud, solicitando la modificación de las medidas de protección por estimar que las anteriores habían

fracasado. Se deja constancia en las actas de sentencias que la madre tiene una conducta inapropiada, insultando a los requirentes. Se decide, en octubre de 2010, ingresar a las tres niñas a la “**Residencia Femenina Chaitén**”, de la ciudad de Llanquihue, por el término de un año. En la misma sentencia ordenaban a la residencia trabajar en la vinculación de las niñas con la madre y la abuela materna. Asimismo, se ordenaba a la Municipalidad de Ancud gestionar medidas para mejorar la situación habitacional y de higiene del grupo familiar. Se deduce recurso de apelación y la sentencia es confirmada unánimemente por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en diciembre de ese mismo año, **ROL: 203-2010**.

Al momento de ingresar a la residencia, se constatan lesiones en Carabineros, verificándose que las niñas no contaban con ellas. Aun así, la Residencia Femenina Chaitén emite un informe de maltrato en contra de las niñas por parte de su madre. Se cuestiona, además, por parte de la residencia, que sus parientes, en especial la madre, no asistieron a todas las visitas con las niñas. Siendo que se sabía que la madre residía aproximadamente a 120 km distantes de la residencia y que, además, poseía escasos medios económicos, dificultando su transporte. Posteriormente, las niñas serían trasladadas a la Residencia Angelmó, en Ancud.

Un año más tarde, el 11 de mayo de 2011, se inicia la causa de **susceptibilidad para la adopción** de las tres niñas de oficio por el Juzgado de Familia de Puerto Varas, **RIT: A-6-2011**, haciéndose parte la Residencia Femenina de Chaitén y el SENAME regional aduciendo inhabilidad física o moral de la madre, y repitiendo los argumentos señalados en las tres causas de protección anteriores. La madre se opuso a esa declaración. Finalmente, se declara dicha susceptibilidad de las tres hermanas. La madre interpone recurso de apelación, el que es rechazado por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, **ROL: 180-2011**, confirmando la sentencia. Posteriormente, se recurre de casación, **ROL: 231-2012**, desestimándose en el control de admisibilidad por manifiesta falta de fundamentos.

Los años siguientes, el SENAME trabaja en buscar enlaces adoptivos para las hermanas, sin frutos. Emitiendo un oficio con fecha 23 de mayo de 2014, descartando la posibilidad de adopción tanto nacional como internacional. Sin embargo, en un informe posterior del SENAME, rechaza esa afirmación y señala que aún se hacen esfuerzos por buscar a las niñas una familia adoptiva.

Con fecha 19 de junio de 2014, en la causa individualizada anteriormente, **RIT: P-63-2009**, del Juzgado de Familia de Ancud, se llevó a cabo una audiencia de **revisión de**

medidas de protección fijando como puntos de prueba: habilidades de familia extensa y de la madre para detentar el cuidado personal y opciones que brinda el SENAME para la vida futura de las niñas. En esa audiencia se presentan los esfuerzos de la madre por superar las inhabilidades parentales que consisten en mejoras en la vivienda, cambio en las redes de apoyo, un nuevo trabajo como secretaria ejecutiva de la municipalidad e, incluso, logrando cursar estudios universitarios. A pesar de esto, y que el SENAME no haya entregado prueba alguna sobre las opciones de la vida futura de las niñas, se desestima que la madre pueda volver a tener vínculo con sus hijas.

El juzgado de familias de Ancud deriva al Juzgado de familia de Puerto Varas para **cumplimiento de medidas de protección, RIT: X-11-2014**. En esta causa la consejera técnica del tribunal constata que en ninguna de las causas existe un registro de peritaje de las habilidades parentales de la madre (después de 7 años), accediéndose por el juez a realizarlos. Los peritajes realizados por el Servicio Médico Legal concluyeron lo siguiente. En el informe psiquiátrico, que la madre cuenta con las capacidades convenientes para dar atención y cuidado a sus hijas estimando necesaria la revinculación de las niñas con la madre y, en el informe psicológico, que las capacidades parentales en el área de protección se encuentran descendidas, pero con posibilidades de mejorarlas, estimando viable la revinculación con la madre. Sin embargo, el Juzgado de Familia de Puerto Varas no realizó la audiencia de revisión de medidas y decidió eliminar a la madre y su abogada de la causa, en virtud de que ya existía una declaración de susceptibilidad de la adopción de las niñas, y con la finalidad de resguardar la información de esa causa. Se dedujo recurso de apelación, donde se confirmó la sentencia, **ROL: 119-2016**.

El 26 de septiembre de 2016, se interpone, ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, un **recurso de protección, ROL: 2333-2016**, por doña Alejandra Sepúlveda Gloor, jueza titular del Juzgado de Familia de Puerto Varas y Rolando Díaz Coloma, Juez Titular del juzgado de familia de Ancud, ambos jueces que habían intervenido en las causas individualizadas anteriormente y cónyuges entre sí, en contra de la madre Vanessa Olivares. Por estimar que ésta incurrió en un acto arbitrario e ilegal al subir una imagen a la plataforma Facebook del matrimonio con la leyenda: "*PELIGRO MATRIMONIO DE JUECES CORRUPTOS*", afirmando que sería contrario al derecho a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (19 n° 4, CPR) y el derecho a la propia imagen, al públicamente hacer conocer nombre y estado civil de la pareja, más graves acusaciones, que tendrían importantes consecuencias personales y profesionales atendido su rol público. La recurrida no evacuó

informe, dictándose sentencia acogiendo el recurso interpuesto y condenando con costas a doña Vanessa Olivares.

El año siguiente, se interpone por la madre, tres **recursos de amparo** ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt: **ROL: 52-2017**, en favor de la menor de las hijas A.B.O.O; **ROL: 53-2017**, a favor de la hija mayor D.A.M.O, y **ROL: 54-2017**, en favor de la segunda hija M.N.O.O y en contra, del Tribunal de Familia de Puerto Varas y el Servicio Nacional de Menores. En los tres recursos se aducen argumentos similares: (i) que existe una perturbación o privación ilegal y arbitraria en su derecho a la libertad personal y seguridad individual al ser internadas por más de siete años, porque no se ha acreditado inhabilidad física y moral de la madre de un modo suficiente, objetivo e imparcial; (ii) además, considerando que desde marzo del año 2017 las niñas habrían egresado del Sistema de Protección “por lo que no habría justificación alguna de mantener el régimen de protección respecto de las niñas”¹⁸⁶; (iii) también introduce nuevos hechos a la causa como que se ha tomado en conocimiento que las niñas han sufrido maltrato grave en las instituciones del SENAME, sobre todo la mayor quien vio afectado su indemnidad sexual, relatando haber sido violada estando bajo la custodia del Hogar Angelmó y (iv) que no se consideró en los procedimientos de susceptibilidad de la adopción la familia extensa, a pesar de que se presentan como posibilidad de tener el cuidado personal de las niñas una tía de éstas y la abuela materna.

Los tres recursos son rechazados por la Corte de Apelaciones con fecha 7 de abril, 8 de abril y 8 de abril del 2017, respectivamente. Respecto a los dos últimos recursos de amparo se interpone recurso de apelación y ambos son rechazados y, por tanto, confirmado el fallo por la Corte Suprema el 17 de mayo de 2017.

2.3. Razonamiento de los Fallos.

Las sentencias que tomó en consideración, a continuación, son la emitidas por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el recurso de amparo presentado a favor de la segunda hija, más lo señalado por la Corte Suprema en el fallo del recurso de apelación. Debido a que esas son las últimas causas que resumen todos los hechos anteriores y porque se posee acceso a todos los antecedentes.

¹⁸⁶ C.A Puerto Montt, ROL: 54/2017 (Amparo), folio 1, p.7

a. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Recurso de Amparo, Rol 54-2017:

En los considerandos del fallo se indica el carácter del recurso de amparo: una acción cautelar frente amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio del derecho de libertad. Pero, que en este caso las medidas de protección se encuentran todas dictadas por tribunales competentes y que se encuentra justificados en ciertos antecedentes. Entonces, para la Corte de Apelaciones, la internación de las niñas en una residencia, fuera de su familia de origen no responde a una actuación ilegal y arbitraria de los recurridos. Es decir, no entra a juzgar los méritos probatorios de las pruebas presentadas para tratar de acreditar la inhabilidad parental de la madre, de las sentencias anteriores.

El considerando sexto expone, “no obstante lo señalado, en nada se alteran las opciones jurídicas que posee la madre para intentar recuperar el cuidado personal de las niñas, entre ellas la amparada, siempre y cuando presente los antecedentes que lo justifiquen, en un procedimiento de lato conocimiento ante el Tribunal de Familia competente”¹⁸⁷. En efecto, la Corte se limita exclusivamente a señalar la posibilidad de interponer acciones a través de un procedimiento de lato conocimiento, sin especificar cuál es la acción que se podría ejercer. En definitiva, la Corte de Apelaciones comete un error, dado que la resolución de susceptibilidad de la adopción se encuentra firme y ejecutoriada, por lo cual no es posible revertir la decisión. De hecho, la sentencia de la Corte Suprema se limita sólo a corregir dicho error, reproduciendo la sentencia en alzada en su totalidad, con excepción de esa última frase¹⁸⁸, pero sin hacerse cargo del fondo del problema.

b. Corte Suprema, Recurso de Apelación a la sentencia de Amparo, Rol 54-2017

La Corte Suprema confirma el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, expresando, además, que el interés superior de las niñas, en la actualidad, se encuentra debidamente resguardado.

A pesar de esto, al final comunica que “sin perjuicio de lo anterior y teniendo presente, además, el informe N°186 del Servicio Nacional de Menores, que da cuenta de la situación de 163 niños y niñas que se encontrarían ingresados bajo el sistema de protección de dicho

¹⁸⁷ C.A Puerto Montt, 08.04.2017, ROL: 54/2017 (Amparo), Considerando Sexto par.2

¹⁸⁸ C.S, 17.05.2017, ROL: 54/2012 (Amparo), “Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de la última línea de su considerando sexto, que se suprime, de manera que tal fundamento, finaliza con la frase “antecedentes que lo justifiquen””.

servicio desde un tiempo prolongado, y habida cuenta de haber sido declarados susceptibles de adopción, sin que esta decisión jurisdiccional haya podido concretarse, pasen estos antecedentes al Tribunal Pleno, para que analice la posibilidad de adoptar alguna medida sobre el particular”. Hasta la fecha no se ha dictado resolución alguna por el pleno.

2.4. Análisis

a. Estándar probatorio

Primeramente, desde el punto de vista del estándar probatorio con que deben contar los jueces para adquirir la convicción del fallo, sabemos que el sistema de tribunales de familia se estructura en la sana crítica. Por lo que el juez debe adquirir su convicción de forma objetiva y razonada con los fundamentos y pruebas del procedimiento, respetando las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados.

En esta causa, bajo mi parecer, no se aplican las reglas de la lógica y máximas de la experiencia. En primer lugar, cuando se les da valor suficiente a los informes de partes dependientes del SENAME, como los de los programas de diagnóstico ambulatorio (DAM), incluso mayor a la de órganos independientes, como el Servicio Médico Legal (SML). En el recurso de apelación presentado contra el fallo del recurso de amparo se argumenta que “en parte alguna de los fallos existentes en las causas de marras, se hace análisis del mérito probatorio de estos informes (DAM) versus el mismo de las pericias del SML”¹⁸⁹. Es decir, no se compara el mérito o valor probatorio que ambos informes poseen. Siendo que las máximas de la experiencia tienden a indicar que un órgano imparcial sin interés en la causa emitirá una opinión más cercana a la verdad que uno que sí tiene interés. Sobre todo, considerando un punto que indicamos en el capítulo anterior, que es el del modo de financiamiento de estos programas, la subvención por niño.

En segundo lugar, la conducta de la madre durante los procedimientos como el ritmo de habla, el tono y sus contantes alegaciones, se toman como signos que evidencian su carácter agresivo y errático. Mientras que las máximas de la experiencia indican que una madre que, desde su punto de vista, le han quitado arbitrariamente a sus hijas, obviamente se encontrará alterada y, por lo tanto, será esperable que se dirija agitadamente hacia los profesionales y el tribunal. Debiéndose valorar probatoriamente de un modo diferente.

¹⁸⁹ C.A Puerto Montt, ROL: 54/2017 (Amparo), folio 9, p.2

En tercer lugar, a lo largo de los distintos procedimientos, existe una falta de rigurosidad y pruebas, considerando que la carga de la prueba está en quien pide la solicitud de susceptibilidad de la adopción e inhabilidad parental. Después de 7 años, desde que las niñas ingresaron al centro residencial, una consejera técnica del tribunal se dio cuenta que en realidad no existía ningún peritaje acerca de las habilidades parentales de la madre. Los informes que se presentan en las causas de medidas de protección son informes de matronas del hospital de Ancud, o de asistentes sociales que si bien dentro de su profesión u oficio pueden constatar ciertos hechos (por ejemplo, los estados de nutrición de las niñas) no tienen pericia en determinar, de un modo científico, si la madre posee o no competencias para ejercer responsablemente el cuidado personal, que es el hecho donde debería radicar la prueba.

Por último, pareciera que las pruebas en contra de la madre, es decir, aquellas que no recomendaban la revinculación con sus hijas, tienen un valor probatorio mayor para el tribunal que las pruebas que sí recomendaban la revinculación. En circunstancias que, considerando los principios de la CIDN como el derecho a desarrollarse en la familia de origen o el interés superior de las niñas, la valoración del tribunal es lo opuesto a esto.

b. Modelo Adversarial

Relacionado con lo dicho en el párrafo anterior, podemos observar la crítica institucional que se hizo en el capítulo II con respecto al modelo adversarial de protección. El interés del SENAME en el proceso es acreditar por todos los medios posibles que la madre no tiene las competencias parentales suficientes y no tratar de ayudarla a superar su capacidad parental. Por ejemplo, a través de los informes que se hacen públicos con la respuesta del SENAME, en una oportunidad la segunda hija, expresa sus deseos de volver a reunirse con su madre “si yo tuviera una oportunidad me encantaría irme con ella (madre)... para mi cumpleaños siempre pido ese deseo”¹⁹⁰, pero esa opinión se menosprecia señalándose, por la profesional del DAM, que la niña tiene una figura idealizada de su madre, sobre todo con los recuerdos vagos que tiene de ésta. Sin embargo, no se considera que esos recuerdos sean vagos cuando la misma niña expresa que en ciertas ocasiones había represiones físicas y retos por parte de su madre. En definitiva, de algún modo, se instrumentalizan los testimonios de las niñas para apoyar cierta pretensión que en este caso sería la del SENAME, evidenciando el modelo adversarial, donde la madre se ve como un oponente. También se

¹⁹⁰ *Ibíd.* folio 5, p.11

puede evidencia en las entrevistas que se realizan en la madre, presentando, en mi opinión, desde la entrada un prejuicio. Por ejemplo, se consideró relevante por la profesional anotar en el informe el tipo de escote que la madre estaba llevando o que no se le haya conocido pareja estable. Con este modelo el profesional tiene sólo dos opciones: recomendar la revinculación con la madre o no hacerlo. Mientras que, si no tuviera a la madre como adversario se tendría un mayor abanico de posibilidades que se podrían incluir en el informe.

c. Falta de Intentos de Revinculación

En la misma relación de ideas, al tener un modelo adversarial, no se hacen intentos para trabajar con la madre las competencias parentales faltantes según los fallos del tribunal. En el recurso de amparo se indica que “no existe antecedentes ni en la causa de medida de protección, ni en la causa de susceptibilidad de adopción, que den cuenta de haberse ingresado a la familia o a la madre a algún programa de intervención familiar, a fin de trabajar con ellos las habilidades parentales. Se ha indicado, a propósito de aquello, que existió poca colaboración de parte de la familia, siendo que nunca se estableció un trabajo efectivo con la madre o con la familia, ni se determinó el ingreso de ninguno de ellos a algunas de las redes de apoyo del SENAME, lo cual generó que tanto la familia como la madre hayan tenido un limitado acceso a soluciones que permitieran volver a tener el cuidado de las tres hijas, en un ambiente familiar y conocido, y donde podían recibir el cariño familiar”¹⁹¹. La madre se nota que hace esfuerzos que se presentan ante el tribunal como: cambiar condiciones de la vivienda, de sus condiciones laborales o de sus conductas para superar las incompetencias que se adujeron, pero éstos no se toman en cuenta en ninguno de los fallos. Como señalamos en el capítulo anterior, se está poniendo el acento en los problemas que tiene la familia, siendo que se debería poner el acento en la capacidad de hacer frente a esos problemas.

Finalmente, a pesar, de que el SENAME haya dictado oficio donde deja de intentar la adoptabilidad de las niñas por no presentarse candidatos tanto nacional como internacionalmente (aunque luego el SENAME niega tal cuestión), no se trata de revincular a las niñas con su madre o con cualquiera de sus parientes que sí se podrían hacer cargo de su cuidado personal de modo competente.

¹⁹¹ Ibíd. folio 1, p.2

d. Causales

Por último, señalar brevemente que no todas las causales que se aducen para apoyar la declaración de inhabilidad parental se encuentran establecidas dentro de algún numeral del artículo 42 de la Ley de Menores. Tomemos, por ejemplo, el que la niña padece de asma y pediculosis, dos enfermedades a las que no se le puede atribuir negligencia de la madre, como los solicitantes pretenden; o el hecho que la madre haya fumado durante el embarazo que, si bien no es una conducta aplaudible, en ningún sentido, no es tan extraño encontrarse con madres que continúan fumando durante el embarazo. Pareciera que la condición socioeconómica de la familia permite escalar estas causales a un nivel de gravedad mayor, pero si se analizan aisladamente ninguna constituye causa grave y permanente. Otras causales, por ejemplo, el alcoholismo o los maltratos físicos hacia las niñas si bien están dentro de las causales del artículo mencionado, no se prueba con rigurosidad científica que el alcoholismo sea crónico o que los maltratos sean relevantes en los términos del artículo 403 bis del Código Penal.

En conclusión, si bien en un principio se podrían haber presentado conductas atentatorias para los derechos de las tres niñas, no se hizo todo lo posible para ayudar a superar esas limitantes antes de declarar la separabilidad de éstas con su madre. Adoptando como solución la internación en un centro residencial siendo que existían miembros de la familia extensa que sí podrían haber sido competentes para detentar el cuidado personal de las niñas, y que no se tomaron en cuenta. Tampoco se probaron, a mi juicio, de un modo completo y suficiente, las conductas que se indicaban. Y, por último, no se hizo todo lo posible por permitir la revinculación de las hijas con su madre cuando ya se probó que ésta superó las limitantes en su capacidad parental, como se alegaron en un principio.

3. CASO II: “LAS HERMANAS LIRA”

3.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción

PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		RECURSO DE CASACIÓN	
RIT	A-27-2010	ROL	(Familia) 142-2011	ROL	(Otros) 220-2012
TRIBUNAL	Juzgado de Familia de Rengo	TRIBUNAL	Corte de Apelación de Rancagua	TRIBUNAL	Corte Suprema
FECHA	7/06/2011	FECHA	25/11/2011	FECHA	30/01/2012
MATERIA	Susceptibilidad de la adopción	MATERIA	Recurso de Apelación	MATERIA	Casación en el Fondo
DECISIÓN	No Declara la Susceptibilidad de la Adopción	DECISIÓN	Revoca Sentencia con Disidencia	DECISIÓN	Rechaza por Manifiesta Falta de Fundamentos

3.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos

Marcos Lira Ramírez y Juana Lira Becerra son padres de cinco hijos, siendo las menores las niñas E.L.L y A.L.L., cuya causa de susceptibilidad para la adopción se analizarán.

El caso se inició por una causa de **medidas de protección de derechos**, **RIT: N° P-52-2009**, ante el Juzgado de Familia de Santa Cruz, solicitado por la OPD de la Comuna de Santa Cruz, en razón de “denuncias de violencia intrafamiliar que hubo entre los padres y por conductas negligentes de ambos padres respecto al cuidado y crianza de sus hijos, (...) una de las niñas presentaba irregulares¹⁹² condiciones de higiene y tiña y la otra, gastritis aguda y ambas pediculosis, (...) la familia presentaría altos niveles de vulnerabilidad social, asociada a la de privación social y cultural, tanto dentro de su núcleo como del entorno que la rodea”¹⁹³. Se decide ingresar a las niñas a la residencia **CTD de Lactantes de Rengo**, 60 km. de su familia de origen, y a los padres ingresarlos a planes de intervención con el fin de mejorar sus habilidades parentales.

Un año más tarde, en virtud de las mismas causales del litigio anteriormente comentado, el SENAME de la sexta región inicia una causa de **susceptibilidad de la adopción** de las dos niñas, **RIT: A-27-2010**, ante el Juzgado de Familia de Rengo. Se invocó

¹⁹² La sentencia menciona regulares, pero por el contexto se estima que debería ser irregulares.

¹⁹³ C.A Rancagua, 25.11.2011, ROL 142/2011 (Familia), Considerando Segundo, par.1

el artículo 12 n°1 de la Ley N° 19.620 (inhabilidad física y moral de los padres). Ante esta solicitud ambos padres se opusieron. El tribunal con fecha 7 de junio de 2011 rechazó la solicitud, declarando en definitiva que las niñas no serían susceptibles de ser adoptadas.

El Servicio Regional del SENAME de la sexta región, dedujo **recurso de apelación** contra dicho fallo ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, **ROL: 142-2011** en razón de que a su parecer el tribunal no apreció correctamente las pruebas que indicarían que los padres se encontrarían inhabilitados física y moralmente para detentar el cuidado personal de las niñas. Los padres se opusieron nuevamente. La C.A de Rancagua acoge el recurso, revocando la sentencia del tribunal *ad quo* y declarando en definitiva que las niñas serían susceptibles de ser adoptadas.

Contra aquella sentencia los padres opusieron **recurso de casación en el fondo** ante la Corte Suprema, **ROL: 220-2012** pero ésta lo rechaza en el control de admisibilidad por estimar que adolece de manifiesta falta de fundamentos.

3.3. Razonamiento de los Fallos

a) Primera Instancia, Juzgado de Familia de Rengo, Rol A-27-2010:

El tribunal de primera instancia consideró que no se acreditó la causal de inhabilidad invocada; en consecuencia, rechazó la solicitud de susceptibilidad de la adopción requerida por el SENAME de la sexta región.

En primer lugar, a pesar de considerar que sí existían ciertas condiciones de negligencias en los cuidados de los niños, declaró en el considerando undécimo que “tal situación aparejaba un exhaustivo plan coordinado de intervención que no podía ser decisorio en estos autos, puesto que los antecedentes para resolver -tratándose de una declaración de susceptibilidad y no de una medida de protección- obligaban a dar por establecidas las causales taxativas de inhabilidad establecidas en la ley, ello por las consecuencias inmodificables que derivarían de la adopción, y porque sus efectos pasarían a ser irrevocables en el futuro”¹⁹⁴. Es decir, algunas causas de negligencias no se encontraban amparadas en una de las causales taxativas del artículo 42 de la Ley n° 16.618, por lo tanto, no debería ser

¹⁹⁴ *Ibíd.* Considerando Cuarto, par.1

consideradas, sobretodo reparando en que el fallo de susceptibilidad de la adopción, al ser una medida drástica y permanente, se debe mirar con un estándar más alto.

En segundo lugar, hizo una consideración a las alegaciones de las condiciones económicas de la familia rechazando “como factor de inhabilidad la precariedad económica o "pobreza dura" puesto que esta situación *per se* no puede ni debe ser motivo suficiente para apartar a los niños del seno materno o de su familia de origen, en tanto que ella puede ser superable y porque a través de políticas públicas dirigidas a los sectores más vulnerables, los padres pueden tener acceso a subsidios familiares, gratuidad escolar y alimenticia, salud pública para sus hijos, etc.”¹⁹⁵. También, hace referencia que el artículo 12 n°2 de la ley N° 19.620 no considera causal suficiente la falta de recursos económicos, desestimando, en definitiva, toda argumentación que hiciera alguna referencia a la condición económica de los padres.

En tercer lugar, apreció los esfuerzos que ha hecho la familia por superar situaciones que pueden ser atentatorias a los derechos de las niñas: “la sentencia, pese a dar por establecida la falta de cuidado y negligencia en los cuidados de sus hijos, tuvo presente como elemento positivo y favorable (...) que los padres y su abuela materna las visitan regularmente, pese a sus dificultades económicas, y se contactan telefónicamente, también, lo cual revela una clara intención de mantener el vínculo y la preocupación de los padres. A lo anterior se agrega que la madre ha manifestado el deseo de tener a las niñas nuevamente a su lado, demostrando, a su vez, que es capaz de cambiar sus actitudes hacia ellas”¹⁹⁶. Finalmente, el tribunal concluye que “no es posible acreditar una **inhabilidad irreparable de los padres**, pues, han efectuado acciones concretas tendientes a superar los conflictos, la falta de habilidades parentales, la negligencia en el cuidado de los niños”¹⁹⁷.

Por último, también toma en consideración que existen miembros de la familia extensa como el hermano de las niñas, mayor de edad, y su pareja, a los cuales un informe psicológico de Alto Hospicio declaró como hábiles parentales.

¹⁹⁵ *Ibíd.* par.2

¹⁹⁶ *Ibíd.* Considerando Quinto par.1 y .2

¹⁹⁷ *Ibíd.* par.2

b. Segunda Instancia, Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol (Familia) 142/2011

El tribunal de segunda instancia, al contrario, estima que de los antecedentes que aportó el SENAME, sí se desprende que los padres se encuentren inhabilitados física y moralmente para tener el cuidado de las niñas: “En cuanto a las capacidades de los padres para la crianza de los menores, ha quedado irredarguiblemente probado en autos, su escasa o nula habilidad parental”¹⁹⁸.

Respecto a la situación económica de la familia, indica que el SENAME no invocó como causal de inhabilidad la precariedad económica, debido a que no invoca el artículo 12 n°2, por lo tanto, la sentenciadora de primera instancia incurriría en un error al rechazar la susceptibilidad de la adopción justificándolo en que la precariedad económica no puede ser un factor para aceptar la susceptibilidad de la adopción.

En tercer lugar, establece que los esfuerzos que hace la madre en participar en “actividades de aprendizaje y reforzamiento de sus habilidades parentales. Si bien ello habla favorablemente a su favor no constituyen *per se* una conducta suficiente”¹⁹⁹. Más adelante agrega, que esas conductas serían “cambios meramente gananciales, es decir, son una respuesta para contrarrestar la pretensión de declaración de susceptibilidad”²⁰⁰. El tribunal apoya tal afirmación basándose en un testimonio de un abogado del SENAME que escuchó a la madre después de la audiencia de juicio, en la causa de susceptibilidad de la adopción, la expresión “que yo no las puedo tener, yo quiero que se queden en el hogar hasta que me mejore”²⁰¹, refiriéndose al cuidado de las niñas.

En cuarto lugar, considera que el hermano mayor y su pareja no serían idóneos para detentar el cuidado personal considerando que: ha sido cuestionado para ejercer el cuidado de sus propios hijos, que conoció a las niñas hace poco y que vive en una localidad lejana (Alto Hospicio). De ahí, que las niñas tendrían un grave desarraigo social y geográfico.

¹⁹⁸ *Ibíd.* Considerando Sexto par.4

¹⁹⁹ *Ibíd.* par.9

²⁰⁰ *Ibíd.* par.11

²⁰¹ *ibíd.*

Finalmente, en cuanto al interés superior del niño, considera que resulta muy ventajoso en este caso bajo el principio referido, acceder a lo solicitado, declarando la susceptibilidad de adopción correspondiente, por cuando ella abre la posibilidad cierta y concreta de que las menores cuenten con una familia protectora²⁰².

La sentencia contó con un voto en contra del ministro Sr. Pairican, al estimar que no se acreditaron fehacientemente los requisitos que exige el artículo 12 de la Ley sobre Adopciones de Menores sin que se explique más allá el fundamento de esa decisión.

c. Recurso de Casación en el Fondo, Corte Suprema, Rol 220/2012

La Corte Suprema, en el control de admisibilidad, rechaza el recurso por manifiesta falta de fundamentos al estimar que “el recurso en estudio pretende modificar los presupuestos fácticos y conclusiones a las que han arribado los sentenciadores, puesto que se desarrolla a partir de premisas distintas a las establecidas en la sentencia impugnada²⁰³ y esta pretensión sólo se podría hacer si se denuncia infracción a las reglas reguladoras de la prueba, cosa que no se advierte.

En definitiva, que los reproches que hace el recurso son meras discrepancias a la forma de valorar la prueba y no en realidad atentados a los normas y principios de la sana crítica, o de leyes materiales, por lo que no es admisible el recurso de casación en el fondo.

3.4. Análisis

a. Rigurosidad de la Prueba

Llama la atención, en primer lugar, que el tribunal valore como una de las pruebas importantes los dichos de la madre después de la audiencia juicio en la causa de susceptibilidad para la adopción, mediante un testimonio de oídas de un abogado del SENAME, que es una parte interesada en la causa. Prueba que no debería tener ningún valor al no ser imparcial y no estar efectivamente acreditada en autos. Además, a mi juicio, la interpretación que se debería hacer a la expresión que la madre hace, no es que ella no quiera tener el cuidado de las niñas, ya que eso lo ha demostrado en otras situaciones partiendo por oponerse a todas las instancias judiciales, sino que, al contrario, que reconoce que le hace

²⁰² *Ibíd.* par.18

²⁰³ C.S. 30.1.2012, ROL 220/2012 (Familia), Considerando Tercero, par.1

falta adquirir habilidades parentales para ejercer responsablemente el cuidado de sus dos hijas.

En segundo lugar, lamentablemente, en esta causa los informes no son públicos, por lo que no se tiene acceso a éstos para su revisión. Pero, podemos advertir que en esta causa sí se observan distintas pericias e informes de diferentes órganos (CTD Lactante de Rengo, CEPU San Fernando de la Corporación Opción, DAEM Cardenal Caro, OPD de Santa Cruz, y CESFAM de Santa Cruz), lo que habla favorablemente de un estándar probatorio para acreditar la inhabilidad parental. Lo que sí llama la atención, es la conclusión diametralmente opuesta a que llegan los tribunales de primera y segunda instancia con el análisis de los mismos informes. El tribunal de segunda instancia admite que los informes emitidos por las distintas entidades presentan matices, a pesar de que todos concluyen una negligencia en los cuidados parentales. Sin embargo, no considera relevante estos matices para su fallo, siendo que sí podrían tener importancia respecto, por ejemplo, a si la inhabilidad de los padres era irreparable o si las situaciones de negligencia eran graves y permanentes.

b. Esfuerzos por superar las inhabilidades

En el tribunal de primera instancia sí se valora el esfuerzo que los padres hicieron por superar sus falencias descubiertas en el modo de ejercer el cuidado personal sobre sus hijas, atendiendo a las sesiones del programa de intervención e incluso demostrando ciertas mejorías. Sin embargo, el fallo de segunda instancia que, si bien, reconoce que existe interés por los padres de mejorar sus habilidades parentales, estima que no es causa suficiente para rechazar la solicitud de susceptibilidad de la adopción de las niñas. Entonces, ¿cuál sería el fundamento de decretar estas medidas si luego no tendrán efecto en las resoluciones judiciales venideras? Nuevamente, pareciera que el juez se está concentrando en los problemas que hubo en la familia, decretando la susceptibilidad de la adopción como una sanción, y no en la capacidad de resiliencia de mejorar estas condiciones.

¿Por qué no procedía mantener a las niñas en el centro residencial hasta que las capacidades de ambos padres para cuidar de sus hijas se hubieran desarrollado suficientemente, en vez de decretar una susceptibilidad para la adopción?, que sólo se debe tomar como medida de *ultima ratio* cuando se han agotado todas y cada una de las instancias para permitir la revinculación de las niñas con su familia de origen, por ser una medida definitiva.

c. Condición de Pobreza

Me encuentro en consonancia con el razonamiento del fallo de primera instancia y, en desacuerdo con el tribunal de segunda instancia. Debido a que este último, si bien, identifica que el SENAME no invocó la falta de recursos económicos en sus argumentos para solicitar la susceptibilidad de la adopción, desconoce que algunas causas que invoca el SENAME tienen relación directa o indirectamente con la situación económica de la familia, por ejemplo, los niveles de vulnerabilidad social asociada a la privación social y cultural o causales que al estar en una situación de pobreza estas se agravan, por ejemplo, la falta de higiene y la pediculosis. Por tanto, bajo mi opinión, se debiera desestimar toda argumentación que tuviere relación con la condición económica de la familia, por considerar que es una situación superable y que además no tiene relación con las competencias parentales.

4. CASO III: “LOS HERMANOS CARRASCO”

4.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción

PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA	
RIT	A-9-2011	ROL	(Familia) 1-2012
TRIBUNAL	Juzgado de Familia de Puerto Aysén	TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Coyhaique
FECHA	12-09-2011	FECHA	14-02-2012
MATERIA	Susceptibilidad de la adopción	MATERIA	Recurso de Apelación
DECISIÓN	Declara la Susceptibilidad de la Adopción	DECISIÓN	Confirma la Sentencia

4.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos

Maricel Carrasco es madre de cuatro hijos, siendo C.A.C.C y K.P.C.C los menores, cuya susceptibilidad de la adopción se solicita. El padre S.R.C se encontraba privado de libertad cuando se iniciaron las causas de medidas de protección de derechos.

La causa se inicia por una **medida de protección de derechos**²⁰⁴, a fines de 2010, dictado de oficio por el juzgado de familia de puerto Aysén que decide ingresar a ambos niños al “Hogar Madre Eleonora Giorgi”, a raíz de que el niño C.A.C.C lo encuentran carabineros

²⁰⁴ No se posee antecedentes del ROL de esta causa.

deambulando en la vía pública, con 3 años de edad. Esto la madre lo acepta, incluso ella ingresa de forma voluntaria a sus dos hijos menores en el centro de residencia mencionado, de manera temporal, con el fin de mejorar su situación personal y económica que estaba pasando y así hacerse cargo responsablemente del cuidado de sus hijos²⁰⁵.

El 2011, el SENAME regional de Aysén solicita la **susceptibilidad de la adopción** de los dos niños, por las tres causales del artículo nº 12 de la ley Nº 19.620, **RIT: A-9-2011**, ante el Juzgado de Familia de Puerto Aysén, la que finalmente se accede con fecha 12 de septiembre de 2011.

A esa resolución, los padres oponen recurso de apelación, **ROL: 1-2012**, ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique, con los siguientes argumentos: que las situaciones que importan inhabilidad deben revestir calidad grave y permanente, siendo acreditado con certeza absoluta y que eso no ha ocurrido en autos toda vez que no se han valorado correctamente ciertos informes, (ii) que de todas maneras, esas situaciones que importan inhabilidad deben ser imputables a la negligencia de los padre por lo que “ninguna de dichas situaciones podrá constituir desamparo, si ellas obedecen a razones que escapan de la voluntad de los adultos responsables del cuidado del menor, como puede suceder en una situación de extrema pobreza y en cualquier otra, que signifique fuerza mayor”²⁰⁶ y (iii) que claramente existen avances de la madre que no se han considerado, por lo que no se puede decretar la medida de susceptibilidad de la adopción ya que esta debe ser tomada sólo cuando se han agotado “todas y cada una de las diligencias que permitan clarificar sin duda razonable, la existencia o no de las causales, que permiten declarar la inhabilidad moral de los padres”²⁰⁷. El SENAME se opone a tal rechazo indicando que sí se han acreditado las situaciones de desamparo y que sí se han hecho intentos de revinculación. La Corte de Apelaciones finalmente rechaza el recurso de apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

Un año más tarde, la madre Maricel Carrasco junto con otras madres que se encontraban en una situación similar, realizan una huelga de hambre, encadenándose a la catedral de Coyhaique. A raíz de eso, el diario electrónico “El Dínamo” realiza un reportaje denominado “Adopciones irregulares y maltrato: Las acusaciones que enfrenta el hogar de menores Eleonora Giorgi de Aysén”, la que llega a manos del concejo municipal de Puerto

²⁰⁵ Según lo declarado en: ROJAS Carolina, El Dínamo, (2014).

²⁰⁶ C.A Coyhaique, 14.02.2012, ROL 1/2012 (Familia), Considerando Primero, par.4

²⁰⁷ *Ibíd.* par.7

Aysén que directamente rechaza lo que se esgrime en tal reportaje, defendiendo la labor que realiza el cuestionado centro residencial y acordando finalmente realizar una nota de prensa apoyando al hogar y su personal.

4.3. Razonamiento del Fallo

Segunda Instancia, Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol (Familia) 1/2012

El fallo de la Corte de Apelaciones de Coyhaique razona en el sentido de que todos los informes técnicos emitidos en este caso, tanto por profesionales del DAM de Puerto Aysén como los encargados psicosociales del Hogar Eleonora Giorgi corroboran la vulneración de derechos de los niños. Finalmente, expresando que “este Tribunal de Alzada estima después de la ponderación de los hechos, y meditado análisis de los informes del contingente de profesionales expertos que ha participado en la investigación y ponderación de la personalidad y conducta de la madre apelante y del padre oponente, que los menores afectados, han sido sometidos a un alto grado de vulneración de sus derechos y que existe el peligro de que tal situación se prolongue en el evento de ser restituidos a su familia de origen, por lo que resulta del todo procedente la declaración de ser susceptibles de adopción, como lo solicita el organismo estatal competente en la materia, el SENAME”²⁰⁸.

4.4. Análisis

a. Hogar Madre Eleonora Giorgi

Este caso es relevante porque el reportaje del diario electrónico “El Dínamo” da cuenta de que: “el caso no es aislado, en la región de Aysén resuenan las acusaciones hacia el hogar de menores Eleonora Giorgi por denuncias de maltrato y haberse convertido en un puente expedito para la adopción de niños chilenos por parte de extranjeros”²⁰⁹.

El juzgado de familia de Puerto Aysén debería al menos mirar con desconfianza si aparecen variados casos del mismo hogar donde se alegan irregularidades, donde existe una

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ ROJAS Carolina, *El Dínamo*, (2014)

férrea oposición de los padres y si es conocido en la región como el centro residencial que realiza enlaces adoptivos con familia extranjeras.

En junio de 2015, el diputado Ramón Farías ofició al SENAME para solicitar información del hogar y se dio noticia que “el 80% de los niños atendidos ahí habrían llegado por “peligro material o moral”; no por otras vulneraciones”²¹⁰. A raíz de todas estas críticas el hogar ya no colabora con el SENAME

b. Prueba

En cuanto a la prueba, podemos encontrar que el tribunal de segunda instancia no pondera el informe emitido por el psicólogo personal de la madre. De hecho, los únicos informes que se ponderan son de órganos dependientes del SENAME, que adolecen del vicio del financiamiento que ya se ha expuesto latamente en secciones anteriores.

En relación a lo anterior, el problema surge cuando hay una preconcepción de los profesionales. En el reportaje realizado por el diario electrónico “El Dínamo”, el abogado hace una crítica al sistema en ese sentido: “Para el abogado existe poco interés por parte de los colaboradores del SENAME de seguir esforzándose para que esa familia pueda resurgir, frente a ciertas realidades como el alcoholismo o violencia intrafamiliar, y se opta por la adopción internacional de los menores. “Existe un convencimiento previo que será lo mejor para esos niños. Creo que existe responsabilidad del Estado que no asume correctamente su rol. Es deber del SENAME evaluar la idoneidad de estos familiares, y en muchos casos les cierran las puertas, negándose a emitir dicha valoración de idoneidad, estos familiares en consecuencia tienen todo un aparataje institucional en contra, y cuando acceden a evaluarlos, deben además pagar por dicho trámite, la adopción es una “medida de ultima ratio””, comentó²¹¹.

De hecho, en el litigio se aprecia una discrepancia entre las partes sobre si existen programas de revinculación y superación de las incompetencias parentales efectivos, y si la madre ha cumplido con su asistencia y cooperación. Sin embargo, no se pondera la prueba respecto a este punto en el fallo. Bajo mi opinión, en este caso no se puede estimar con

²¹⁰ PEÑA, Nicolle, Bío Bío Chile (2017)

²¹¹ ROJAS Carolina, El Dínamo, (2014)

claridad que se hizo todo lo posible para permitir la revinculación de los niños con su familia de origen.

c. Imputabilidad

El argumento del abogado en el recurso de apelación me parece del todo pertinente, porque pone el acento en quién es el responsable de las falencias en las habilidades parentales. ¿Es de entera responsabilidad de la madre ciertas situaciones vulneratorias de derechos de los niños, que tienen como causa directa la situación económica en que viven? Obviamente, la respuesta a esta pregunta es negativa, por lo que de esas causas no se puede responsabilizar sólo a la madre, sancionándolas con la declaración de susceptibilidad de la adopción de sus hijos.

La misma madre reconoce que estaba pasando por un mal momento mientras su esposo estuvo en la cárcel, que no poseía redes de apoyo, ni trabajo estable, que estaba “sola y confundida”, por eso pensó que era bueno dejar a los niños en el hogar un período máximo de seis meses mientras ella reconstituía sus redes de apoyo y buscaba trabajo.

En conclusión, este caso, es un ejemplo más en que no se trabaja con los familiares sobre el objetivo, sino que simplemente se trata de acreditar que los familiares son incompetentes para cuidar al NNA.

5. CASO IV: “LA NIÑA CATALINA”

5.1. Ficha Técnica de la Causa de Susceptibilidad de la Adopción

PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA	
RIT	F-3356-2010	ROL	(Familia) 51-2010
TRIBUNAL	Juzgado de Familia de Puerto Aysén	TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Coyhaique
FECHA	07-10-2010	FECHA	24-01-2011
MATERIA	Susceptibilidad de la adopción	MATERIA	Recurso de Apelación
DECISIÓN	Declara Susceptibilidad de la adopción	DECISIÓN	Confirma la sentencia con Disidencia

5.2. Exposición de los Hechos Relevantes al Caso y Principales Argumentos Aducidos

Y.A.A.G, menor de edad, es madre de una niña C.A, reside en casa de sus abuelos de iniciales GG.AA y MM.LL, en Puerto Aysén.

A fines de 2009 se inicia un juicio de medida de protección de derechos, **RIT: P-2899-2009**, ante el Juzgado de Familia de Puerto Aysén. Este tribunal el 01 de febrero de 2010, falla ingresar a la niña C.A al hogar “Madre Eleonora de Giorgi” de Puerto Aysén.

Un año más tarde, a solicitud del SENAME, se inicia una causa de susceptibilidad de la adopción por causales 12 n°1, n°2 y n°3 de la ley N° 19.620, **RIT: F-3356-2010**, del Juzgado de Familia de Puerto Aysén. A ésta la madre y los bisabuelos de la niña se oponen. Se decide, con fecha 7 de octubre de 2010, declarar la susceptibilidad de la adopción de la niña.

Esta decisión es apelada tanto por la madre como por el bisabuelo G.A, argumentando que los apelantes han siempre estado preocupados por el bienestar de la niña y se encuentran en “condiciones morales, psicológicas, sociales, culturales y financieras para hacerse cargo del futuro mediano e inmediato de la menor”²¹². El SENAME se opone a la apelación argumentando que sí se encuentra acreditado en autos la inhabilidad física y moral de los apelantes para ejercer el cuidado personal de la niña. Finalmente, la ltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, con fecha 24 de enero de 2011, **ROL: 51-2010** rechaza los recursos de apelaciones y confirma la sentencia de primera instancia, con un voto en contra.

5.3. Razonamiento de los Fallos

a. Segunda Instancia, Corte de Apelaciones, ROL (Familia) 51-2010

La Corte de Apelaciones razona en el sentido de que las pruebas aportadas por el SENAME en primera instancia establecen, de forma clara y precisa, que tanto la madre de la niña, como sus abuelos y bisabuelos se encuentran inhabilitados para cuidar responsablemente a C.A y que no demostraron interés ni preocupación por la situación de la niña. En este sentido, el considerando Décimo Segundo “se tiene por establecido en forma cierta, clara y precisa, la madre de la menor puesto que presenta serios problemas de alcoholismo y disciplina, no aceptando directrices ni orientaciones, careciendo además de condiciones sociales, económicas y laborales, atendida su minoría de edad, habiéndose comprobado un escaso compromiso por su parte en el cuidado, crianza y mantención de su hija CC.AA”²¹³.

²¹² C.A Coyhaique, 24.01.2011, ROL 51/2010 (Familia), Considerando Primero par.5

²¹³ *Ibíd*, Considerando décimo segundo

b. Fallo de Disidencia del Ministro Titular Don Luis Daniel Sepúlveda Coronado

El ministro empieza razonando que las causales del artículo 12 de la ley N°19.620 deben ser graves y permanentes. Respecto, primero a la causal de falta de atención (12 n° 2), enuncia que debe comprender los tres aspectos que menciona la ley: afectivo, personal y económico. Que no se puede advertir falta de atención, afectiva y personal toda vez que la madre visitó al menos dos a tres veces por semana a su hija. Y en cuanto el aspecto económico, aun cuando se da cuenta que la madre por sí sola no se encuentra en condiciones de proporcionarle una atención económica adecuada, la falta de recursos económicos no es causal suficiente para decretar la susceptibilidad de la adopción. Agrega: “Por otro lado, la falta de atención y la condición de abandono debe entenderse en un sentido amplio y no restringido, en cuanto debe haber una ausencia total de preocupación, demostración plena de falta de interés y afecto, sin que pueda constituir desamparo una falta de atención personal afectiva por razones de fuerza mayor”²¹⁴. Por la misma razón, de las visitas regulares que presta su madre, es que descarta que haya ánimo manifiesto de abandonar a la niña (12 n° 3).

Por último, respecto a la inhabilidad parental (12 n° 1) señala que ésta debe ampararse en una causal taxativa del artículo 42 de la ley de menores, siendo que ninguna de ellas tiene relación con lo que invocó la juez recurrida. “La juez del grado sostuvo para inhabilitar moralmente a los abuelos y bisabuelos que los primeros no supieron criar bien a sus dos hijas y los últimos que son permisivos en sus reglas o patrones de conducta, lo que escapa a las causales que establece la norma referida”²¹⁵. Tampoco encuentra que se haya probado la inhabilidad moral de la madre, “Respecto a YY.AA., sostiene la sentencia que está moralmente inhabilitada para tener a su hija porque sus visitas a ésta última no son de buena calidad, hecho por lo demás inefectivo, y que en todo caso no es causal para declararle inhabilitada para tener a su hija, y en cuanto al reproche por sus conductas disruptivas y riesgosas debido al alcohol, deambular por las calles, carencia escolar y conducta negligente, desde luego la deserción escolar y el deambular en la calle son hechos que no la podrían inhabilitar para ejercer su rol de madre, y tampoco sus conductas propias de su edad”²¹⁶.

²¹⁴ *Ibíd.* Voto de disidencia n°4 par.3

²¹⁵ *Ibíd.* n°7

²¹⁶ *ibid.* n°9

5.4. Análisis

a. Presunciones

El tribunal estima que el hecho de haber tenido que ingresar de oficio a la niña a un hogar de menores a tan corta edad, demuestra que no tenían interés por la situación en que se encontraba la niña. Presumiendo, entonces, la falta de atención afectiva, personal y económica. Pero, no hace esa misma lectura al revés, por el hecho de visitarla regularmente, la madre tres veces a la semana, de oponerse a las audiencias, de buscar una defensa jurídica para oponer un recurso de apelación. Nuevamente, se concentran en los problemas que existieron en el pasado y no en la capacidad de hacer frente a esos problemas.

Además, el juez de grado presume ciertas reglas y patrones de conducta que no se encuentran definidas en ningún cuerpo legal y pasando a llevar el derecho que tienen los padres de criar a sus hijos de la manera que les parezca, si no están pasando a llevar sus derechos fundamentales.

b. Minoría de edad

Respecto del bisabuelos de la niña, G.A y M.L, en la sentencia, en variadas ocasiones²¹⁷, se demuestra la falta de sus habilidades parentales, enrostrando que no pudieron cuidar bien de Y.A puesto que quedó embarazada a los 16 años estando en su cuidado.

Pareciera que se castiga a la madre y a sus abuelos, que cuidaron de ella, por haber sido madre siendo menor de edad, siendo que en ninguna parte en la ley de menores, esta situación aparece dentro sus causales taxativas. Además, según el informe del Ministerio de Salud titulado “Situación Actual del Embarazo Adolescente en Chile”, para el año que se desarrolla este litigio (2010) el porcentaje total de madres adolescentes, entre 15 y 19 años, era de 15,56% que representa a 39.010 madres²¹⁸. Significa eso que en todos estos casos falló el modelo de crianza de estas adolescentes y, por ende, todos estos niños y niñas deberían haberse declarado susceptibles de ser adoptados, parece absurdo fallar de esta manera.

²¹⁷ C.A Coyhaique, 24.01.2011, ROL 51/2010 (Familia), Considerando Segundo, Décimo Primero y Décimo Tercero.

²¹⁸ Ministerio de Salud (2012) p.9

6. CONSIDERACIONES FINALES

Finalmente, identificaremos los temas recurrentes que se presentan en la jurisprudencia analizada:

- **Modelo Adversarial.** El sistema de medidas de protección de derecho y de susceptibilidad para la adopción, al ser un sistema judicial, se encuentra estructurado en un sistema adversarial: el SENAME en contra de los familiares del NNA (cuando hay oposición de estos). Entonces, el interés del SENAME va a ser acreditar la inhabilidad parental de los familiares, mientras que los familiares tendrán el interés contrario. El problema es que ese modelo deja en total desprotección al niño, niña o adolescente, ya que se tiene a los familiares como adversarios y no como sujetos a los que deberían ir dirigidas las políticas públicas para superar sus competencias parentales.
- **Prueba de Inhabilidad Parental.** Otro problema que genera lo anterior es que el SENAME, y sus organismos dependientes, además de tener el interés de acreditar la inhabilidad parental, es una de las entidades encargadas a evaluar las habilidades y competencias de los padres para ejercer responsablemente el cuidado personal. Por lo que nos encontramos con informes que nos son imparciales y objetivos que muchas veces son los únicos que se presentan para evaluar la inhabilidad parental.
- **Estándar de Inhabilidad.** No existe parámetro establecido de lo que se entiende como inhábil parental. Por lo que como pudimos observar en los casos anteriores, cada juez entiende de un modo diferente el criterio que debe seguir para llegar a su fallo.
- **Intentos de revinculación con la familia de origen.** Si bien en ciertos casos se hacen intentos reales por mejorar las habilidades parentales, como el ingreso de los padres a programas de rehabilitación, las mejorías que se presentan son menospreciadas por el tribunal y no tienen el efecto que se desearía, pareciera que se tiene una preconcepción, tornando inefectiva la labor de estos programas. Mientras que, en los otros casos, derechamente no se presentan intentos del aparato institucional de recuperar las habilidades parentales.
- **No consideración de familiares extensos.** Para no considerar a los familiares extensos para ejercer el cuidado personal del NNA en los términos del artículo 226 del Código Civil, se debería acreditar la inhabilidad parental con el mismo estándar que se espera de la madre o padre, cosa que no se advierte en ninguna de las causas. Si bien algunas sí hacen referencia explícita a éstos, la prueba que de ellos se presenta para descartarlos es

siempre menor, tanto en cantidad como en calidad, a la que se presenta en torno al padre o madre, y a mi juicio, insuficiente.

- **Causales.** Podemos apreciar en los casos que muchas veces no se hace referencia explícita a algún numeral del artículo 42 de la ley de Menores y en algunos casos, las causales que se aducen no son graves y permanentes.
- **Consideración recursos económicos.** Si bien en ninguno de los casos, la falta de recursos económicos se invocó como causal única para decretar la susceptibilidad de la adopción, en todos se consideró de alguna forma la condición socioeconómica de la familia siendo que no debería tener ninguna relevancia. Como hemos expresado, las causales que se aducen tienen una causa directa o indirecta en la condición económica o se agravan por presentarse en una familia de escasos recursos.

En conclusión, el proceso administrativo, en torno a este tema, tiene muchos errores por corregir y el sistema judicial podría funcionar como una medida de control de estos errores. Sin embargo, en los tribunales analizados también parecen haber ciertos errores en la aplicación correcta de la ley de adopción y la ley de menores al tenor de los principios internacionales de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

CONCLUSIÓN

La legislación nacional y los tratados internacionales en materia de infancia, en especial la Convención Internacional de los Derechos del Niño, confieren a los NNA ciertos derechos, tales como: derecho a la educación, derecho a la alimentación, derecho a la identidad, derecho a ser oído, entre otros. En efecto, dichas normas señalan que aquellos derechos deben ser otorgados preferentemente en el halo de la familia de origen, de tal forma que el NNA sólo puede ser declarado susceptible de ser adoptado si, de ningún modo, los referidos derechos pudiesen ser proporcionados por su familia de origen. Para resguardar lo anterior, nuestra legislación ha establecido una institucionalidad administrativa, a través del Servicio Nacional de Menores (SENAME), y un control judicial, a través de la competencia de los Juzgados de Familia del país.

Asimismo, en el procedimiento judicial de susceptibilidad de adopción, podemos distinguir las siguientes etapas: (i) el ingreso del niño al sistema proteccional, en virtud de una medida de protección de derechos iniciada a su favor y; (ii) el inicio de causa de susceptibilidad de adopción a favor del NNA y el egreso del niño, ya sea con su familia de origen o en su caso con familia adoptiva.²¹⁹

Ahora bien, a lo largo de este trabajo, se ha dejado en evidencia que en el proceso de susceptibilidad de la adopción se presentan determinadas falencias. **(i)** El concepto de inhabilidad física y moral de los padres no se encuentra definido legalmente y sólo se establecen ciertos casos donde se debe aplicar, que sin perjuicio de ser taxativos, resultan ser bastante abiertos. En consecuencia, en la práctica los jueces interpretan de forma diversa el concepto de inhabilidad parental, sumado a que el estándar o parámetro de medición que se debe tener para probar la inhabilidad tampoco se encuentra definido en norma alguna, dando lugar a arbitrariedades a la hora de su aplicación. **(ii)** El SENAME, que es el órgano institucional encargado de promover los derechos del niño y permitir cuando sea posible la revinculación de estos a su familia de origen, no está realizando las labores que se le esperan, dado que presta un limitado apoyo a la familia de origen para fortalecerla y mejorar sus competencias parentales. **(iii)** También, los organismos acreditados que ejecutan los

²¹⁹ Fundación San Carlos de Maipo (2011) p.31

programas de adopción, no tienen el incentivo económico de prestar el debido apoyo a las familias, puesto que al financiarse a través de un subsidio por niño siempre será mejor para ellos, desde un punto de vista económico, atender más NNA en los programas de adopción que egresarlos con su familia de origen. **(iv)** Los informes emitidos y presentados en el proceso de susceptibilidad de la adopción cuyo objeto es probar la inhabilidad parental, son realizados, muchas veces, por profesionales no especializados en la materia y que, además en su gran mayoría, son dependientes del SENAME y, por lo tanto, se encuentra en peligro su imparcialidad. **(v)** Además, en los procesos de susceptibilidad de la adopción es posible observar, en determinados casos, que la familia extendida que efectivamente tiene competencias parentales suficientes, para hacerse cargo del cuidado del respectivo NNA, no es considerada por el tribunal, decretando finalmente la medida de internación del NNA en un centro residencial a pesar de que, según nuestra legislación²²⁰, esta medida debería ser siempre la última opción. **(vi)** Luego de decretada la susceptibilidad de la adopción no existe oportunidad alguna en la ley de revertir tal declaración, a pesar de que la familia de origen haya realizados esfuerzos para vencer las inhabilidades parentales que les aquejaban y, a pesar de que el NNA no se encuentre adoptado.

Basado en lo anterior, la hipótesis o supuesto de investigación del presente ensayo se basa en que el Estado de Chile, a través de su poder legislativo, administrativo y ejecutivo, considera determinadamente los factores económicos de la familia de origen en el procedimiento de susceptibilidad de la adopción del niño, niña o adolescente, lo que en definitiva constituye una vulneración al principio de la subsidiaridad de la adopción.

La hipótesis formulada ha sido comprobada a lo largo del presente ensayo, en razón de que no obstante la ley sobre adopción de menores declare en su artículo 12 n°2 que la falta de recursos económicos para atender al NNA no constituye causal suficiente para la declaración judicial de susceptibilidad de la adopción: **(i)** en el plano legislativo, la misma ley considera igualmente la falta de atención económica, dentro del artículo 12 n°2, siendo que una legislación totalmente fiel al principio de subsidiariedad de la adopción no debería ni siquiera tener en consideración los recursos económicos. Sumado a que el artículo 12 n°1, de la misma ley, instaura el concepto amplio de la inhabilidad física y moral de los padres, que ha dado lugar a arbitrariedades y que se incluyan los factores económicos. Además, las causales

²²⁰ Art. 226 Código Civil chileno, Art.74 Ley 19.968

del artículo 42 de la ley de menores tienden a considerar indirectamente los recursos económicos; **(ii)** estadísticamente, gran parte de los NNA intervenidos vienen de sectores pobres y se decreta su susceptibilidad de la adopción por el concepto amplio de la inhabilidad parental. Además, existen limitados programas tendientes a revincular a los niños con su familia de origen, no permitiendo que los padres superen sus incompetencias parentales; **(iii)** jurisprudencialmente podemos encontrar casos judiciales, como los expuestos en el capítulo tercero, donde se pueden observar causales para decretar la susceptibilidad de la adopción que incorporan factores socioeconómicos de las familias. Todo lo anterior evidentemente genera una vulneración al principio de subsidiariedad de la adopción, especialmente al comprobar que teóricamente las competencias y habilidades parentales no tienen que ver con los recursos económicos.

En tal sentido, se presentan las siguientes propuestas para modificar la situación alegada de diferenciación económica en las causas de susceptibilidad de la adopción, en las aristas que considero de mayor relevancia y urgencia. Con la advertencia que es un problema multicausal por lo que las posibles soluciones que se plantearán, buscan ser aplicados con una visión sistémica e integral del problema.

1ª PROPUESTA: INVESTIGACIÓN. En primer lugar, se deben seguir realizando estudios de investigación para develar la verdadera magnitud del problema. Creo interesante realizar un análisis de jurisprudencia en los diferentes territorios jurisdiccionales, analizando tendencias de fundamentos de fallos y decisiones de susceptibilidad de la adopción. Asimismo, es importante que el SENAME siga publicando los boletines estadísticos, debido a que es la única forma de realizar un control público a su labor, agregando factores relevantes para la identificación de tendencias, por ejemplo, la condición socioeconómica de los niños atendidos.

2ª PROPUESTA: CONCEPTO DE INHABILIDAD PARENTAL. En segundo lugar, para superar la vaguedad del concepto de la inhabilidad parental se pueden optar tres formas: **(i)** lisa y llanamente abandonar el concepto, pudiéndose decretar la susceptibilidad de la adopción sólo en el los dos restantes casos: adopción por falta de atención afectiva o económica o adopción por ánimo manifiesto; **(ii)** modificar el concepto por otro de mayor definición como el que propone el informe de la fundación de San Carlos de Maipo, a saber, “parentalidad maltratante o parentalidad dañina para el niño”²²¹ o; **(iii)** definir legalmente el estándar que

²²¹ Fundación san Carlos de Maipo (2011) p.28

deben tener los jueces para determinar una inhabilidad parental, esto a fin de limitar la discreción que los jueces de familia pueden tener al definir la inhabilidad física o moral de los padres en el caso concreto. Considero que se debería optar por esta tercera opción, debido a que, en primer lugar, la eliminación del concepto permitiría que ciertas circunstancias atentatorias contra los derechos de los NNA, y que al legislador le interesa proteger, quedaran fuera en las dos restantes causales, por tanto, esos NNA quedarían en una situación de desprotección y; en segundo lugar, la sola modificación del concepto por otro de mayor definición, a mi juicio, es insuficiente para superar la amplitud y vaguedad del mismo al seguir dejando abierto el parámetro de medición. Esta definición legal del estándar o parámetro de medición pasa por señalar en la ley que las causales para decretar la inhabilidad parental deben ser permanentes y graves, y qué se entenderá por esto. Propongo que se entienda por “permanentes”, la imposibilidad de que el padre o madre o personas que tienen al cuidado el NNA vuelvan a recuperar las habilidades parentales, acreditado a través de un informe especializado e imparcial. Por otro lado, propongo que se entienda por “grave” aquellas situaciones que le provoquen al NNA un daño irremediable en su integridad física o psíquica o que lo ponga en seria amenaza de recibir tal menoscabo. Teniendo como eje primordial en el procedimiento el testimonio del NNA, dando aplicación al derecho del niño a ser oído.

3ª PROPUESTA: EFICACIA EN EL PROCESO. Para la construcción de un proceso de susceptibilidad de la adopción sin todas las irregularidades que se han expuesto latamente, en primer lugar, se debe definir el rol que cumple el SENAME en este proceso. Genera variados riesgos de imparcialidad e independencia que el Servicio Nacional de Menores sea el órgano encargado de apoyar a las familias para fortalecer sus cuidados personales, de delatar que existen riesgos asociados a los derechos de los NNA, solicitando una medida de protección y su posterior susceptibilidad de la adopción y por último de probar que hay una inhabilidad parental. En este sentido, las soluciones propuestas podrían directamente modificar el modelo que presenta este procedimiento o mantener tal modelo y generar ciertas medidas que mitiguen los riesgos que se han expuesto. Estas medidas podrían ser: en primer lugar, que el juez no pueda acoger la susceptibilidad de la adopción si no se ha probado, por parte del solicitante, los programas ejecutados y las instancias concretas para proporcionar a la familia el apoyo para ejercer su función cuidadora. Además, se debe mejorar la calidad de la intervención en los programas de fortalecimiento familiar, primero aumentando la cantidad de programas y segundo estableciendo dentro de las bases de licitación un equipo técnico especializado para la labor, que además de intervenir a los padres obtenga información de la familia extendida del NNA. En tercer lugar, instaurar un órgano público que defienda a las

familias en los procedimientos de susceptibilidad de la adopción, con el objeto de tener igualdad de armas con el SENAME, pienso que el organismo idóneo para la labor sería la recién instaurada Defensoría de los Derechos de la Niñez. En cuarto lugar, las evaluaciones e informes para probar una inhabilidad parental de carácter permanente y grave, deben ser especializadas, no interesadas o imparciales y dinámicas o de proceso, es decir, que midan el proceso de evolución que ha presentado la familia en los programas de fortalecimiento. Por consecuente, el juez sólo debería solicitar informes de aquellas instituciones que presenten suficientemente tales garantías.

Por último, comparto una conclusión del informe de la fundación San Carlos de Maipo de “retirar el sentido de urgencia en la determinación de la susceptibilidad de adopción del niño”²²², esto es, no destinar los esfuerzos institucionales y legislativos en disminuir el tiempo que los NNA pasarían con una medida de protección a su favor y sin estar declarados susceptibles de ser adoptados, sino que todo lo contrario de poder llegar a la causa de susceptibilidad de la adopción con una situación que ya ha sido evaluada e intervenida, es decir, que ya se han hecho todos los esfuerzos para permitir la revinculación del NNA con su familia de origen pero que estos han fallado. “Ayudando así a generar la convicción necesaria para la dictación de un veredicto en uno u otro sentido, y este tiempo utilizado sería ganado en despeje previo”²²³.

4ª PROPUESTA: COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA DE SUSCEPTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN. Este es uno de los ejes fundamentales del proyecto de ley de boletín n° 9959-18, que busca modificar la ley de adopción, en protección de la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella. Propone cambiar el régimen de cosa juzgada, por una cosa juzgada formal, esto significa que la resolución judicial pueda modificarse cuando cambien las circunstancias que le dieron fundamento a ella. Los motivos que hacen llegar a esta solución son, en primera instancia, considerar verdaderamente a la sentencia de susceptibilidad de la adopción como un medio para alcanzar un fin que sería la adopción y no como un fin en sí mismo. “Como tal,

²²² ibíd. p.32

²²³ ibíd.

carece de todo sentido, que tal declaración de susceptibilidad de adopción permanezca vigente si no ha producido los efectos para los cuales fue creada, y decretada respecto de un niño en particular. Máxime si lo mantiene a éste en un estado inconstitucional de suspensión indefinida de su derecho a la convivencia familiar²²⁴. En segundo lugar, este régimen de cosa juzgada presentaría mayor concordancia con otras materias de nuestro derecho de familia, cuando la sentencia afecta derechos fundamentales de los NNA, por ejemplo, a recibir pensión alimenticia, a mantener o no relaciones personales, directas y regulares con el padre que no reside, el régimen de cuidado personal o la modificación o remoción de una medida de protección de derechos. El plazo límite que tendría esta resolución para poder ser modificada, es hasta que la sentencia de adopción se encuentre firme y ejecutoriada, debido a la irrevocabilidad de la adopción. Todavía más, se podría instaurar, como lo hace el proyecto de ley referido, la revocación de ipso facto o por el sólo ministerio de la ley, si no se ha producido un enlace adoptivo en un plano razonable, que el mencionado proyecto de ley fija en tres meses.

5ª PROPUESTA: FORMA DE FINANCIAMIENTO. Por último, es de suma urgencia modificar el modo en que se financia a los órganos colaboradores acreditados por el SENAME (OCAS), de modo de alterar el incentivo económico perverso que el sistema configura en la actualidad con el subsidio por niño. Opino que es más acorde con los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño otorgar un financiamiento mixto, que comprenda tanto un monto fijo que cubra las necesidades básicas para llevar el funcionamiento del respectivo programa de adopción, como un monto variable donde se consideren indicadores, tales como el que actualmente se considera, de la cantidad de niños atendidos en los programas, pero que además se incluyan ciertas variables asociadas a la calidad de la atención y al éxito del programa. Basado en el presente ensayo, una variable importante a considerar para medir la calidad o éxito de los programas de adopción, a mi parecer, es si hubo posibilidad final de revinculación con la familia de origen. Esto porque demostraría que se hicieron los intentos necesarios para permitir la recuperabilidad parental aplicando el principio rector de la ley sobre adopción, el de subsidiariedad de la adopción.

Para finalizar, las soluciones que se puedan adoptar para mejorar el problema alegado, no pasa sólo por mejorar el proceso tanto institucional como judicial en el cual se decretan

²²⁴ Boletín N°9959-18, Ingreso de proyecto (2015) p.15

medidas de protección de derechos a favor del NNA y posterior susceptibilidad de la adopción, sino que también es de igual relevancia mantener y fortalecer las medidas preventivas a través de distintos organismos tanto públicos como privados que permitirán envolver a las familias de una red de apoyo verdadera para poder resolver los distintos problemas que le aquejen y así, no dejar en una situación de desamparo a los niños, niñas y adolescentes.

Se opina que avanzar en soluciones, como las propuestas, es de suma urgencia porque permitiría adecuar la regulación sobre adopción en nuestro país con los principios rectores en la materia contenidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, en especial, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AGENDA IDEAPAÍS (2013) Adopción: Una Opción por La Familia y por La Vida: Estudio y Propuesta sobre la adopción en Chile. P. 1-7.

ALVAREZ Chuart, Jorge (2008) Infancia y vulnerabilidad social. Revista El Observador, Publicación trimestral del Servicio Nacional de Menores, N°1. pp. 127 – 135.

ATD Fourth World (2004). How poverty separates parents and children. Pierraley, Executive Summary. 5 pp.

BARRIA Mancilla, Patricio (2015) El Rol De Los Abuelos En El Cuidado De Sus Nietos En El Ordenamiento Jurídico Chileno: Cuidado Personal, Relación Directa Y Regular Y Obligación De Alimentos, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

BARUDY, Jorge, DANTAGNAN, Maryorie (2005) “Guía de Valoración de las Competencias Parentales a Través de la Observación Participante” IFIV Instituto de Formación, Investigación e Intervención sobre la violencia familiar y sus consecuencias. 125 pp. [En línea] [Disponible en: <http://www.verticespsicologos.com/sites/default/files/Guia-de-valoracion-de-las-competencias-parentales-a-traves-de-la-observacion-participante.pdf>].

BAVESTRELLO, Irma, (2003) Derecho de menores, Segunda edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Santiago.

BELOFF MARY. (1999) “Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, Justicia y Derechos del Niño, N° 1, Unicef, Chile.

CAJ, Región Metropolitana, Departamento de Estudios. (2011) Declaración de Susceptibilidad de Adopción. Boletín N°1.

CALQUÍN Donoso, Claudia (2017) “Los hijos de los pobres”: la crisis de SENAME y la tecnocracia neoliberal. Revista Psicología Hoy N°26, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Psicología. Pp. 5-6.

CERDA L., Jaime; GARCÍA B., Cristián (2006) “El cuidado de niños huérfanos y abandonados en Santiago a partir del siglo XVIII” Anales Chilenos de Historia de la Medicina. Vol. 16: pp. 205 - 210.

CILLERO Bruñol, Miguel (1999) “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Justicia y Derechos del Niño (N° 1): pp. 45 – 62.

COMISIÓN NACIONAL DE FAMILIA (2013) INFORME FINAL N° 76/93 "Escuchar a la Comunidad" (HOGARES). Principales Conclusiones. pp. 12 – 18.

CONTRERAS, Lorena; CRETTIER, Bárbara; RAMM Alejandra; GÓMEZ, Esteban; BURR, Fernanda; (2015) Informe Final Estudio de Caracterización del Vínculo Familia- Niñas, Niños y Adolescentes y de las Intervenciones de Fortalecimiento Familiar. Patrocinio del Instituto de Investigación de Ciencias Sociales UDP, Fundación San Carlos de Maipo, SENAME.

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2002) "Adopción y filiación adoptiva" Santiago, Chile. Editorial Jurídica d 1ª ed. Mes de abril de 2002, 325 pp.

DOMÍNGUEZ de la Ossa, Elsy, GRANADA Echeverri, Patricia, (2012) Las Competencias Parentales en contextos de desplazamiento forzado. Psicología desde el Caribe [en línea], [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2015] [Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21324851009>>].

ESTRADA Vásquez, Francisco (2015) La Ilusión de la Protección. Revista de Familias y Terapias, Nro. 39. pp. 21-39.

FREITES BARROS, Luisa Mercedes (2008) "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos". Educere, Universidad de los Andes, Venezuela vol. 12, núm. 42, julio-septiembre, 2008: pp. 431-437.

FUCHSLOCHER Petersen, E. (1965). *Derecho de menores*. Valparaíso: [s.n.].

FUENTEALBA Soto, Jacqueline Andrea. (2009) El Proceso Previo a la Adopción de un niño o niña. El complejo paso de una familia biológica a una familia adoptiva. (Memoria para optar al grado de "Magíster en Familia"). Concepción, Chile. Universidad del Bío Bío. Pp. 90 - 101.

FUNDACIÓN SAN CARLOS DE MAIPO. (2011) Resumen Ejecutivo, Resultados del Proyecto, "Sistematización de los procesos realizados para declarar susceptibilidad de adopción por la causal de inhabilidad parental en organismos de la red metropolitana". Realizado por: Matías Marchant, Psicólogo; Lucía Argote, Socióloga; Cynthia Ossa, Abogada; Carmen Gloria Rojas, Asistente Social.

GARCÍA ACUÑA, Natalia (2009) El Concepto De Familia En La Constitución. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 250 pp.

GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2007) Capítulo VI. La filiación adoptiva. El sistema filiativo chileno. Editorial jurídica de Chile. 1ª ed. pp. 215 – 283.

GOMEZ Piedrahita, Hernán. (1992) "Derecho de Familia". Santa fe de Bogotá, Editorial Temis, 501 pp.

GORE, Macarena, LARA, Marcela (2016) "Recuperabilidad Parental: una Alternativa en la Protección Infantil" Revista Señales, SENAME, Año 10 N°16. pp. 51-57.

LARRAÍN ASPILLAGA, María Teresa (1991). "La Adopción. Un análisis crítico y comparado de la legislación chilena". Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición.

LARRONDE Troncoso, Hernán. (2011) "Derecho de Familia". 14ª Ed. Legal Publishing, 2011. Pp. 365 – 380.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2014) "La Protección Especial de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el Derecho Chileno". Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp. 197-229.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos (2005) Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Tomo II. Librotecnia, LOM Ediciones, Primera Edición pp. 160-165.

MARTÍNEZ Ravanal, Víctor (2010) Informe Final Caracterización del perfil de niños, niñas y adolescentes, atendidos por los centros residenciales de SENAME pp. 54-90.

MIDE UC (2013) INFORME FINAL. Un diagnóstico del sistema de cuidados alternativos del Estado de Chile: Niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental o en riesgo de estarlo Estudio elaborado por el MIDE UC por encargo de OBSERVA Aldeas Infantiles. 202 pp.

MIDEPLAN (2009) Manual de Apoyo para la formación de Competencias parentales. Programa Abriendo Caminos Chile Solidario 2009, Secretaría Ejecutiva del Sistema de Protección Social MIDEPLAN pp. 45-55.

MUÑOZ BONACIC, Gabriel (2014) “Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico”. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Privado. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 536 pp.

MUÑOZ TAPIA, Alonso Esteban (2016) “Análisis Crítico del Sistema de Adopción en Chile” Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 97 pp.

OETTINGER FAÚNDEZ, Marcelo Alejandro (2004) “Análisis comparativo de los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional y la Ley 19.620 que dicta normas sobre Adopción de Menores”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile.

OMS (1994) Glosario de términos de alcohol y drogas. Editado por Organización Mundial de la Salud en 1994 bajo el título Lexicon of Alcohol and Drug Terms.

PEREZ CONTRERAS, María de Montserrat (2016) Derecho de familia y sucesiones. Capítulo Decimoprimer, La adopción. Colección Cultura Jurídica. pp. 131 – 150.

REYES DUEÑAS, Claudia (1990) “La adopción de menores: ley 18.703”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Departamento de Derecho Procesal.

RODRIGO, MJ, MÁIQUEZ, ML, MARTÍN, JC, BYRNE, S (2008) Preservación Familiar: un enfoque positivo para la intervención con familias. Madrid: Pirámide.

ROJAS FLORES, Jorge (2007) “Los Derechos del Niño en Chile: Una Aproximación Histórica, 1910-1930” Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. HISTORIA N° 40, Vol. I, enero-junio 2007: pp. 129-164.

SABIONCELLO SOTO, Muriel (1993) “La adopción simple y plena”, Editorial “La Ley”, Santiago, Chile (1993), 292 pp.

SAFFIRIO Espinoza, René (2017) Propuestas de Conclusiones del Diputado René Saffirio Espinoza Para La Elaboración Del Informe De La Comisión Especial Investigadora N°29, Referida A “La Situación De Niños, Niñas Y Adolescentes En Chile”. Pp. 368-389.

SALINAS Toledo, Juan (2015) Inhabilidad parental por pobreza, la antesala para la adopción. Revista YA. (Vol. 1644): pp. 24-31.

SCHMIDT, Claudia, VELOSO, Paulina. (2001) La Filiación en el nuevo derecho de familia.

SPICKER, Paul (2009) Definiciones de Pobreza: Doce Grupos de Significados. Pobreza: Un Glosario Internacional. Glacso Libros. Buenos Aires. Pp. 291-306.

TRUFFELO (2013) "Estatuto de filiación adoptiva en Chile: Constitución, aplicación de principios y agenda legislativa" Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios. Año 5, N°8, Primer Semestre 2013: pp. 125 -143.

TURNER SAELZER, Susan (2009) "Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia". Estudios de Derecho Civil IV, Olmué, Legal Publishing: pp. 89-102.

ULRIKSEN Ramos, Germán (2003) Derecho de Menores, Procedimientos y Formularios, Tomo I. Edición Actualizada. Editorial Jurídica La Ley. Pp. 345-351.

UNHCR (2008) "Guidelines on Determining the Best Interests of the Child": pp. 13- 27.

UNICEF (2006) "Convención sobre los derechos del niño" Unicef Comité Español. 52 pp.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Camila De La Maza, María Paz Riveros (2014) "Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia: Política Pública de Protección de Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes" Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile. Dirección de Extensión y Publicaciones. Capítulo 10. pp. 417- 446.

VERDUGO TORO, Javiera Catalina (2007), "El Derecho de las Personas Adoptadas y de las Concebidas por Medio de Técnicas de Reproducción Humana Asistida a Conocer su Identidad Biológica". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 152 pp.

VIVALLOS ASTE, Cristian Alejandro (2002) La adopción en Chile: evolución histórica y análisis de la nueva ley que rige la materia. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Finis Terrae. 163 pp.

Hemereografía

ARCE Saavedra, T. (2013). Niños en hogares: El castigo por ser pobre. *Ciper Chile*. [en línea] Disponible en: <http://ciperchile.cl/2013/07/31/ninos-en-hogares-el-castigo-por-ser-pobre/> [Acceso 2 jul. 2017].

Bío Bío Chile (2014). Madre comenzó huelga de hambre en Catedral de Coyhaique para recuperar a sus hijos. [en línea] Disponible en: <http://rbb.cl/bk7e> [Acceso 1 Sep. 2017].

PEÑA, Nicolle (2017) Perder a los hijos: Las denuncias que acusan al Sename por adopciones al extranjero. *Bío Bío Chile*. [en línea] Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/especial/noticias/reportajes/reportajes-reportajes/2017/04/26/perder-a-los-hijos-las-denuncias-que-acusan-al-sename-por-adopciones-al-extranjero.shtml> [Acceso 29 de nov. 2017].

ROJAS Carolina (2014). Adopciones irregulares y maltrato: Las acusaciones que enfrenta el hogar de menores Eleonora Giorgi de Aysén. *El Dínamo* [en línea] Disponible en: <http://www.eldinamo.cl/pais/2014/05/07/adopciones-irregulares-y-maltrato-las-acusaciones-que-enfrenta-el-hogar-de-menores-eleonora-giorgi-de-aysen/> [Acceso 20 nov. 2017].

SALINAS Toledo, Juan; BUSTOS, Carolina (2015) Inhabilidad parental por pobreza, la antesala para la adopción. *Revista YA*. (Vol. 1644): pp. 24-31.

VENEGAS, Patricia. (2014) Informe Especial: "Niños en hogares, ¿castigados por ser pobres?" [Videograbación], 24horas.cl, TVN, 8 de diciembre 2014, 50 min.

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto con fuerza de ley N° 1, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la ley N° 17.344, que Autoriza Cambio de Nombre y Apellidos, de la ley N° 16.618, Ley de Menores, de la ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias y de la ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.

Código Penal. Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874.

Decreto con fuerza de Ley N° 2.128, Aprueba Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil. *Diario Oficial*, 28 de agosto de 1930.

Decreto Ley N° 2.465, Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija el Texto de su Ley Orgánica. *Diario Oficial*, 16 de enero de 1979.

Decreto N° 841, Ministerio de Justicia, Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.032, que Establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores Acreditados del Servicio Nacional De Menores, y su Régimen de Subvención. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 2005.

Decreto N° 944, Ministerio de Justicia, Aprueba Reglamento de la Ley 19.620 que dicta Normas sobre Adopción de Menores. *Diario Oficial*, 18 de marzo de 2000.

Decreto N° 1.215, Ministerio de Relaciones Exteriores, Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. *Diario Oficial*, 4 de octubre 1999.

Decreto N° 201, Ministerio De Relaciones Exteriores, Promulga La Convención De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad y su Protocolo Facultativo *Diario Oficial*, 17 de septiembre de 2008.

Decreto N° 24, Ministerio de Relaciones Exteriores, Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores. *Diario Oficial*, 30 de abril de 2002.

Decreto N° 374, Ministerio de Relaciones Exteriores, Código de Derecho Internacional Privado. *Diario Oficial*, 10 de abril de 1934.

Decreto N° 830, Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Convención sobre los Derechos del Niño, CIDN. *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.

Decreto Supremo N° 14, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Crea Consejo Nacional de la Infancia. *Diario Oficial*, 16 de abril 2014.

Ley N° 5.343, Establece los Derechos y Obligaciones Referentes a la Adopción. *Diario Oficial*, 6 de enero de 1934.

Ley N° 7.613, Establece Disposiciones sobre la Adopción. *Diario Oficial*, 21 de octubre de 1943.

Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*. 30 de agosto de 2004.

Ley N° 1.552, Código de Procedimiento Civil Chileno. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 1902.

Ley N° 16.346, Establece la Legitimación Adoptiva. *Diario Oficial*, 20 de octubre de 1965.

Ley N° 18.703, Dicta Normas sobre Adopción de Menores y Deroga Ley N° 16.346. *Diario Oficial*, 10 de mayo de 1988.

Ley N° 19.585, Modifica el código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. *Diario Oficial*, 26 de octubre de 1998.

Ley N° 19.620, Sobre Adopción de Menores. *Diario Oficial*, 5 de agosto de 1999.

Ley N° 19.910, Modifica la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, en Materia de Competencia de los Juzgados de Menores. *Diario Oficial*, 28 de octubre de 2003.

Ley N° 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2004.

Ley N° 20.032, Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la red de Colaboradores del SENAME, y su Régimen de Subvención. *Diario Oficial*, 25 de julio de 2005.

Ley N° 20.203, Modifica Normas Relativas al Subsidio Familiar y a la Adopción. *Diario Oficial*, 3 de agosto de 2007.

ONU Asamblea General, Res. 64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. 24 de febrero de 2010

Congreso Nacional

Historia de la Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación, *Diario Oficial*, 26 de octubre de 1998.

Historia de la Ley N° 19.620, Dicta Normas sobre Adopción de Menores. *Diario Oficial*, 5 de agosto de 1999.

Historia de la Ley N° 19.910, Modifica la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, en Materia de Competencia de los Juzgados de Menores. *Diario Oficial*, 28 de octubre de 2003.

Proyecto de Ley. boletín N° 9959-18 (2015). Modifica la ley N° 19.620, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en protección de la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella. Iniciado en Moción de los Honorables Diputados Señores Rincón, Saffirio y Pilowsky.

Proyecto de Ley, boletín N° 10.626-07 (2016). Regula el Derecho de Filiación de los Hijos e Hijas de Parejas del Mismo Sexo. Iniciado en Moción de los Honorables Senadores Señoras Allende y Muñoz y Señores De Urresti, Harboe y Lagos.

Jurisprudencia

Sentencia T-071/16, 19 de febrero de 2016, Referencia: expediente T-5.146.888, Acción de tutela presentada por Yudit Lorena Cedeño Sánchez y Alcibiades Cedeño Zuleta. Procedencia: Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Colombia.

Revista de Jurisprudencia (1989) tomo lxxxvi sección ii, p. 30.

Corte de Apelaciones de Rancagua – Segunda. 25.11.2011. Causa nº 142/2011 (Familia). Resolución nº 30049 de Corte de Apelaciones de Rancagua, [en: <http://vlex.com/vid/-366594370>, cita online: 366594370].

Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 08.04.2017. Causa nº 54/2017 (Amparo). Recurso de Amparo. OLIVARES/Juzgado de Familia de Puerto Varas. [en: pjud.cl].

Corte de Apelaciones de Coyhaique – de Verano. 14.02.2012. Causa nº 1/2012 (Familia). Resolución nº 679 de Corte de Apelaciones de Coyhaique. [en: <http://vlex.com/vid/-366542366>, cita online: 366542366].

Corte de Apelaciones de Coyhaique. 24.01.2011 Causa nº 51/2010 (Familia). Servicio Nacional de Menores c/ Alvarado Garcés, Yenifer A s/ Declaración de susceptibilidad de adopción - Recurso de apelación, [en: <http://bit.ly/2Ab5MWF> cita online: MJJ26212].

Corte Suprema. 30.01.2012. Causa nº 220/2012 (Otros). Resolución nº 12080 de Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta). [en: <http://vlex.com/vid/requirente-sename-requeridos-lira-ilda-475534462>, cita online: 475534462].

Corte Suprema. 17.05.2017. Causa nº 54/2017 (Amparo). Recurso de Apelación. OLIVARES/Juzgado de Familia de Puerto Varas. [en: pjud.cl].

Acto Administrativo

Informe De La Comisión De Familia Constituida En Investigadora Para Recabar Información Y Determinar Responsabilidades En Las Denuncias Sobre Hechos Ilícitos Ocurridos En Hogares Del Servicio Nacional De Menores. En: Cámara de Diputados.

SENAME, Departamento de Adopción (2010) Adoptar en Chile un largo camino para convertirnos en familia: Guía para padres.

SENAME. (2008) Bases Técnicas. Línea De Acción: Programas. Modalidad: Reinserción Familiar (PRF).

SENAME. (2014) Bases Técnicas. Línea Programas. Programa De Protección Especializado De Intervención Residencial (PER).

HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL DE AYSÉN (2014) Acta nº66, Sesión Ordinaria. 02.- Correspondencia. pp. 3-12.

GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (2012). “Situación Actual del Embarazo Adolescente en Chile”, Programa Nacional de Salud Integral Adolescentes y Jóvenes.